

CIDADANIA, PODER E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Douglas Santos Mezacasa

(Organizador)



 **Atena**
Editora

Ano 2020

CIDADANIA, PODER E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)



 **Atena**
Editora

Ano 2020

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Editora Chefe: Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação: Karine de Lima

Edição de Arte: Lorena Prestes

Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof^a Dr^a Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Prof^a Dr^a Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Prof^a Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Prof^a Dr^a Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros

Prof^a Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice

Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense

Prof^a Dr^a Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Prof^a Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Luis Ricardo Fernando da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros

Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão

Prof^a Dr^a Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará

Prof^a Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof^a Dr^a Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof^a Dr^a Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof^a Dr^a Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Fernando José Guedes da Silva Júnior – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof^a Dr^a Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof^a Dr^a Andrezza Miguel da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof^a Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Prof^a Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Prof^a Dr^a Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof^a Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Prof^a Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof^a Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof^a Dr^a Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Prof^a Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof^a Ma. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco

Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
 Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
 Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
 Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
 Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
 Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
 Prof. Me. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
 Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
 Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
 Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
 Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
 Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
 Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
 Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
 Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
 Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
 Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
 Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
 Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
C568	<p>Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito [recurso eletrônico] / Organizador Douglas Santos Mezacasa. – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5706-038-4 DOI 10.22533/at.ed.384201205</p> <p>1. Cidadania. 2. Brasil – Política e governo. 3. Democracia. I.Mezacasa, Douglas Santos.</p> <p style="text-align: right;">CDD 323.6</p>
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
 Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
 contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

O século XX presenciou duas grandes guerras que demarcaram o genocídio e o ferimento dos preceitos individuais como forma de projeto político e ideológico. Contudo, com fim da 2ª guerra mundial, os Estados reunem com o fim de estabelecer a paz mundial, resguardar os direitos individuais e coletivos e resgatar a dignidade humana dos cidadãos. A criação da ONU, trouxe o viés principilógico em defesa do indivíduo que acabou por se estender no âmbito interno de todos os países que assinaram a Carta das Nações Unidas.

A partir daí a Constituição da República federativa do Brasil, promulgada em 1988, constitui-se um Estado Democrático de Direito ancorada nos fundamentos da soberania, da cidadania, do princípio da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pelo pluralismo político.

Inspirados e ambicionado no Estado Democrático de Direito, a Atena Editora lança a sua segunda edição da coletânea intitulada “Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito” um compendio composto por quinze capítulos que une pesquisadores especialistas, mestres e doutores de instituições localizadas de todas as áreas do Brasil. Trata-se de uma obra que discute temáticas variadas de todas as searas das grandes áreas das Ciências Jurídicas. De maneira geral, os capítulos, que abordam esses espaços, estruturam-se com o objetivo de analisar os princípios basilares da Constituição Federal no intuito de garantir o Estado Democrático de Direito.

A segunda edição realizada em formato de e-book, é inovadora nas pesquisas jurídicas e nas áreas de concentração do direito contemporâneo. Nesse sentido, a coletânea abordará temas relativos às questões de constitucionalismo, preservação dos direitos fundamentais, direito comparado, questões históricas do direito, direito educacional e as demais atualidades que permeiam o meio jurídico perante os Tribunais superiores.

Temas diversos e interessantes são, deste modo, discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres, doutores e todos aqueles juristas que de alguma forma se interessam pela ciência jurídica e pelo Direito. Possuir um material acadêmico que reflita a evolução de diferentes áreas do direito e da sociedade, de forma temporal, com dados e resultados substanciais e concretos torna-se muito relevante para o campo da pesquisa no Brasil.

Deste modo a obra “Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito” apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores, acadêmicos e pesquisadores que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
AS CONTRIBUIÇÕES DO "POETA-JUIZ" PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL HUMANISTA NOS PROCESSOS DECISÓRIOS CONTEMPORÂNEOS	
Bárbara Amelize Costa Fernando José Armando Ribeiro	
DOI 10.22533/at.ed.3842012051	
CAPÍTULO 2	17
A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	
Alessandra Cristina Furlan	
DOI 10.22533/at.ed.3842012052	
CAPÍTULO 3	30
A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL E A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO	
Ihgor Jean Rego Ana Camila Mateus	
DOI 10.22533/at.ed.3842012053	
CAPÍTULO 4	49
AS SENZALAS DA MODERNIDADE: O DESEMPENHO DO TRABALHO DOMÉSTICO FRENTE AO DESRESPEITO AOS PRECEITOS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	
Ana Caroline Lima Melo Angélica Maria Lins dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.3842012054	
CAPÍTULO 5	59
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES QUE EVIDENCIAM O PROTAGONISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO	
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza	
DOI 10.22533/at.ed.3842012055	
CAPÍTULO 6	72
ASSOCIAÇÃO E SUA LEGITIMIDADE - DIREITO COMPARADO	
Claudiane Aquino Roesel	
DOI 10.22533/at.ed.3842012056	
CAPÍTULO 7	88
CONSUMIDO NA PÓS-MODERNIDADE - PRODUZIDO NA IDADE MÉDIA	
Adelcio Machado dos Santos Ângela Cardoso	
DOI 10.22533/at.ed.3842012057	
CAPÍTULO 8	94
DEMOCRACIA E DELIBERACIONISMO: UM DEBATE NECESSÁRIO EM TEMPOS DE CRISE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	
José Elias Domingos Costa Marques Renato Gomes Viera Gustavo de Faria Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.3842012058	

CAPÍTULO 9	109
DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES	
Flávio Couto Bernardes Almir Megali Neto Frederico Machado Marques	
DOI 10.22533/at.ed.3842012059	
CAPÍTULO 10	120
IMPEDIMENTO AO CASAMENTO CIVIL, NO CASO DE CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO POR UM DOS NUBENTES	
Pedro Luiz Milhomem Santos Paulo	
DOI 10.22533/at.ed.38420120510	
CAPÍTULO 11	122
O FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA VISANDO O DESENVOLVIMENTO SOCIAL. UMA NOVA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA ATRAVÉS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	
Jean Colbert Dias	
DOI 10.22533/at.ed.38420120511	
CAPÍTULO 12	140
O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO OFENSA AO ESTADO DE DIREITO	
Glalber Silvino Hora	
DOI 10.22533/at.ed.38420120512	
CAPÍTULO 13	149
PROIBIÇÃO DA DIVULGAÇÃO DO NAZISMO E RESTRINGIBILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	
Juliana Picollo Messias Pedro Lima Marcheri	
DOI 10.22533/at.ed.38420120513	
CAPÍTULO 14	160
UMA ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA OBRA <i>O ABRAÇO</i> DE LYGIA BOJUNGA	
Anízio Alves de Oliveira Neto	
DOI 10.22533/at.ed.38420120514	
CAPÍTULO 15	174
O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL: TEORIZAÇÕES E REFLEXÕES	
Cláudia Terra do Nascimento Paz	
DOI 10.22533/at.ed.38420120515	
SOBRE O ORGANIZADOR	189
ÍNDICE REMISSIVO	190

AS CONTRIBUIÇÕES DO "POETA-JUIZ" PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL HUMANISTA NOS PROCESSOS DECISÓRIOS CONTEMPORÂNEOS

Data de aceite: 06/05/2020

Bárbara Amelize Costa

Mestranda e bolsista da CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS) em Teoria do Direito. Especialista em Tecnologias em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Bacharel em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1778547146282590>.

Endereço eletrônico: barbaraamelize@gmail.com. Instituição: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

Fernando José Armando Ribeiro

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002) Pós-doutor pela Universidade da Califórnia-Berkeley (EUA), é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e professor colaborador da Faculdade de Direito Milton Campos. Juiz Togado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. É membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas (cadeira 34), e membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Hermenêutica jurídica, Direito Público e Filosofia do Direito e Direito Militar.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2441692531789249>.

Endereço eletrônico: fernandoarmandoribeiro@gmail.com. Instituição: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

RESUMO: Correlacionando as obras Justiça poética de Martha Nussbaum e as reflexões extraídas do conto Perdoando Deus de Clarice Lispector, este artigo intenta resgatar a ética humanística do ato de decidir a partir de uma reinterpretação dos princípios da imparcialidade e neutralidade dos juízos. A práxis da hermenêutica tradicional, influenciada pelos ideais socioideológicos do *Aufklärung*, ainda reproduzida, na contemporaneidade, é confrontada aos ensinamentos do poeta-juiz atento às revoluções paradigmáticas da Filosofia da Linguagem e da Hermenêutica Filosófica no que tange à importância da historicidade, da tradição e da complexidade da vida-com vistas à construção de uma justificação racional e humanista para os processos decisórios na edificação de um Direito efetivamente democrático.

PALAVRAS-CHAVE: direito; literatura; poeta-juiz.

THE CONTRIBUTIONS OF THE IDEA OF "JUDGES AS POETS" FOR THE CONSTRUCTION OF A HUMANIST RATIONAL JUSTIFICATION IN CONTEMPORARY DECISION-MAKING PROCESS

ABSTRACT: By correlating the work "Poetic Justice" by Martha Nussbaum with the reflections extracted from Clarice Lispector's short story "Forgiveness God", this article attempts to rescue the humanistic ethics of decision-making through a reinterpretation of the principles of impartiality and neutrality of judges. To do so, the praxis of traditional hermeneutics, influenced by the socio-ideological principles of the *Aufklärung* still reproduced in contemporary times, is confronted with the teachings of the judge as poet-which means the one who is attentive to the paradigmatic revolutions of the Philosophy of Language and Philosophical Hermeneutics with regard to the importance of historicity, tradition and the complexity of life. In doing so, this research aims to present a rational and humanistic justification for the decision-making process and to showcase its importance in the construction of an effectively democratic judicial system.

KEYWORDS: Law; Literature; judges as poets.

1 | INTRODUÇÃO

As decisões judiciais de nossos tempos não são cegas, são assépticas. O Direito - no paradigma do Estado Moderno - influenciado pelos ideais individualistas do Iluminismo e gestado na principiologia técnico-formalista - mesmo após as contribuições da Hermenêutica Filosófica e da Filosofia da Linguagem parece ainda afastar quaisquer análises dos efeitos das prognoses sociológicas e as discussões axiológicas vinculadas à efetivação da justiça.

Os sistemas jurídico-judiciários, amparados pelas diretivas interpretativas falaciosas dos princípios da imparcialidade e neutralidade dos juízos, preservam-se imunes às razões humanas, concebendo o raciocínio judicial segundo o modelo da razão formal científica. Reproduzindo uma postura de distanciamento altivo das partes e propagando, continuamente, decisões eticamente questionáveis, o tecnicismo ainda vigente na contemporaneidade reproduz violências simbólicas e institucionais.

Permeando os espaços vinculados às contribuições da Filosofia Prática acerca da poeticidade da realidade (Nietzsche, 1882), da compreensão da linguagem como meio em que se manifestam as tradições e práticas sociais (Gadamer, 2003) e, da falibilidade da eliminação do preconceito interpretativo por meio da estipulação de uma linguagem formalmente perfeita e racional (Heidegger, 2000), este artigo é um convite a repensar a justificação racional dos nossos processos decisórios a partir da perspectiva do poeta-juiz de Martha Nussbaum¹ e das reflexões extraídas do conto *Perdoando Deus* de Clarice Lispector.

O poeta-juiz, reconciliando as dimensões do ser e ente, apresenta-se, na obra

¹ Martha Craven Nussbaum é uma filósofa estadunidense que trata temas da filosofia política, ética e Antiguidade Clássica.

de Nussbaum, como uma autoridade que julga, mas ao mesmo tempo, mostra-se capaz de dirimir os preconceitos, amar o feio e realocar a compaixão e a atenção. Procurando não minimizar ou relativizar a importância das regras da justiça legal para a garantia de uma sociedade mais justa e igualitária, sem, entretanto, desvincular-se da dimensão humanística da justiça ética, o poeta-juiz apresenta-se como uma alternativa viável à recuperação das dimensões de sensibilidade e responsabilidade nos atos de julgar.

Nestes termos, no item II do presente artigo, analisar-se-ão as influências das perspectivas socioideológicas do *Aufklärung* nos processos hermenêuticos-interpretativos, ainda reproduzidos nas justificações racionais dos processos decisórios contemporâneos. No item III, abordar-se-ão as nuances existencialistas atentas às revoluções paradigmáticas da Filosofia da Linguagem e da Hermenêutica Filosófica do poeta-juiz, a partir das interpretações realizadas por Martha Nussbaum do poema escrito por Walt Whitman². No item IV, correlacionar-se-ão os princípios da neutralidade e imparcialidade dos juízos da estrutura formal estatal - a partir de julgados e trechos de acórdãos dos tribunais brasileiros - com as perspectivas do poeta-juiz como um expectador de narrativas, na intenção de promover uma ressignificação humanística destes princípios para a construção de um direito mais efetivamente democrático. À guisa de conclusão, evidenciar-se-á, a partir das reflexões extraídas do conto *Perdoando Deus* de Clarice Lispector, que os juízes precisam “perdoar Deus” para que suas decisões possam dimensionar as estruturas cognitivas, subjetivistas e ontológicas da vida humana.

2 | A INFLUÊNCIA DAS PERSPECTIVAS SOCIOIDEOLOGICAS DO AUFKLÄRUNG NOS PROCESSOS HERMENÊUTICOS DE JUSTIFICAÇÃO RACIONAL CONTEMPORÂNEA

A etimologia da palavra hermenêutica encontra-se na Grécia Antiga, onde *hermeneuein* (verbo) e *hermeneia* (substantivo), numa evidente perda de um sentido ontológico, traduzem-se, nas línguas ocidentais, respectivamente, pelo verbo interpretar e pelo substantivo interpretação. O sentido oculto do desvelamento, perceptível tanto na função do deus mitológico Hermes - mediador das mensagens entre deuses e homens - quanto na referência à *Hermeios* (oráculo de Delfos), permaneceu perdido durante toda a Idade Média e, assim se manteve, durante boa parte da Idade Moderna.

Nos termos de Schleiermacher (2001, p.182), “a autocompreensão tradicional da hermenêutica repousava sobre seu caráter de teoria da arte”. Hermenêutica, como uma Teoria da Arte, queria se referir tanto a uma espécie de destreza do mensageiro que carregava o conteúdo a ser transmitido quanto a uma espécie de habilidade daquele

² Walt Whitman foi um poeta, ensaísta e jornalista norte-americano, considerado, por muitos como, o “pai do verso livre”.

que interpretava a mensagem transmitida. Esta práxis – onde a compreensão se dava por si enquanto a interpretação realizava-se, tão somente, em caso de problema de entendimento, relegava à Hermenêutica um papel eminentemente técnico-formalista.

A Hermenêutica, portanto, desembarca, na Idade Moderna, com o horizonte de restituir um sentido considerado perdido ou obscurecido em um texto – fruto do caráter filológico a ela conferido a partir das escolas bíblicas de Alexandria e Antioquia e das traduções agostinianas e tomistas. Busca-se, aqui, percorrer de forma mais detida os vieses axiológicos da Modernidade e suas consequências no papel conferido à Hermenêutica.

O *Aufklärung*, na visão Kantiana, pode ser compreendido como um conjunto de acontecimentos e processos históricos que incluíam elementos de transformações sociais, tipos de instituições políticas, formas de saber, projetos de racionalização dos conhecimentos e das práticas e mutações tecnológicas, que se situaram em um determinado momento do desenvolvimento das sociedades europeias (Kant, 1783, pgs.1-9). Tratava-se, pois, de um projeto de sociedade fruto da ruptura com o Antigo Regime, no contexto das Revoluções Francesa e Inglesa que, segundo Kant (1783, pgs.1-9), libertaria o homem de sua menoridade - traduzida pelo estado de vontade que conduziria à aceitação de uma autoridade para a condução guiada nos domínios do uso da razão.

O processo de libertação da menoridade que conduziria o indivíduo a deixar de ser subjugado e a se direcionar autonomamente, tratava-se, pois, do ideário de liberdade - sustentação da premissa basilar do *Aufklärung*. Ao propor o descolamento da dignidade moral do conceito de natureza, Kant (2013, pgs.3-64) compreendia que, na medida em que todos eram livres e dotados de razão prática, a dignidade moral estaria vinculada ao controle dos impulsos e à boa vontade (ou à liberdade de escolha). Muito embora liberdade fosse tida como um conceito puro, Kant (2013, pgs.3-64) reiterava que era no uso da razão prática que ela provaria sua realidade.

A liberdade e, conseqüentemente, o livre arbítrio, poderiam, contudo, serem influenciados pelos impulsos sensíveis e, nestes termos, encontrar-se-iam vulneráveis à não adequação racional. Nesta via, a liberdade como conceito positivo deveria ser baseada em leis práticas denominadas morais que fornecessem meios capazes de direcionar as ações humanas. As leis morais (ou leis da liberdade), diferentemente das leis da natureza, representariam os imperativos categóricos e seriam divididas em leis éticas (fundamentos determinantes da ação) e leis jurídicas (externalização da ação). Como imperativo categórico (ou princípio supremo da doutrina dos costumes), as leis morais designariam as ações com base em máximas que elas poderiam ter validade como leis universais. Nestes termos, a ação que permitiria uma liberdade de escolha coexistente com a liberdade de escolha de outrem, com vistas a determinação de uma lei universal, seria, pois, uma ação correta e ética.

As leis éticas, então, tratar-se-iam das leis internas e representariam os deveres de virtude e, as leis jurídicas, as leis externas que representariam os deveres positivados.

Nestes termos, a legislação que faria de uma ação um dever (lei positiva) e também faria do dever o motivo (lei ética), seria, enfim, uma legislação ética.

O Direito, nesta via, se apresentava como a soma das condições sob as quais a liberdade de alguém poderia ser unida a escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade, sendo esta lei, retirada de uma máxima categórica: “aja externamente de modo que o livre uso do seu arbítrio possa coexistir com o livre arbítrio de todos como lei universal”.

Nestes termos, “a coragem de servir-te de teu próprio entendimento” (Kant, 1783, pgs.1-9), demarcaria o primeiro grande “feudo” do *Aufklärung*: o preconceito contra a autoridade – em especial, àquela autoridade emanada pela tradição religiosa do cristianismo e, portanto, da Sagrada Escritura. Tratava-se, pois, de um esquema de profunda ruptura do “*mythos*” a partir do “*logos*” onde o método cartesiano da modernidade poderia ser traduzido “pela não aceitação, por certo, de nada sobre o que exist(isse) alguma dúvida” (Gadamer, 2003, p.408).

Se, no campo das Ciências Naturais, o *Aufklärung* conduzia a uma busca pelo livramento dos testemunhos da aparência dos sentidos, nas Ciências do Espírito, ele buscava uma despotencialização das tradições. Esta despotencialização foi corporificada a partir das acepções da Filosofia Positivista.

A Filosofia Positivista, proposta por Comte (1978), emergia influenciada por três grandes correntes: o darwinismo social (Darwin, 2003) - baseado na defesa da evolução das espécies), o organicismo (Spencer, 1872) - baseado num estudo da sociedade por analogia ao corpo humano - e o cientificismo (baseado na crença de que a ciência teria a capacidade de estudar e desvendar o funcionamento da natureza e da sociedade).

Comte utilizava-se do discurso das ciências para estudar a sociedade, propondo, para tal, um conjunto de ideias denominadas Positivismo. O Positivismo Filosófico estava calcado em uma visão evolucionista da história – onde o estágio posterior sempre seria mais avançado que o anterior por incorporar os ensinamentos deste, conduzindo, necessariamente, a humanidade a um constante e inevitável progresso. O método da análise social de Comte, Lei dos Três Estados, partia, então, da ideia de que as sociedades poderiam ser consideradas atrasadas ou evoluídas. Assim, o Estado Teológico representaria a sociedade que acreditaria no poder das divindades, o Estado Metafísico, a sociedade que governava baseada nas ideias ou forças naturais e, o Estado Positivo, a sociedade que governava subsidiada pela ciência e a utilidade. O auge do desenvolvimento da humanidade para Comte era, portanto, alcançado no Estado Positivo.

Conforme esta doutrina fundamental, quaisquer especulações sobre a vida estariam inevitavelmente sujeitas, quer no indivíduo, quer na espécie, a passar sucessivamente por estes três estados teóricos diferentes, o teológico, o metafísico e o positivo (Comte, 1978, p.43) e a história neste viés, possuiria um papel legitimador desta função progressiva.

Se uma das matrizes do *Aufklärung*, no contexto da Positivismo Filosófico, tratar-se-ia, pelo exposto, de um preconceito com a autoridade, a segunda matriz que a sustentava, vinculava-se, ao preconceito por precipitação. Para o *Aufklärung*, no contexto do Positivismo Filosófico, a razão só seria passível de falibilidade em momentos de precipitação de julgamentos. Os limites da razão vincular-se-iam, tão somente, a uma precipitação interpretativa que poderia ser corrigida a partir de um método compreensivo empreendido pelo próprio processo racional.

O *Aufklärung*, então, inaugura a era humana do preconceito com os preconceitos. Importa destacar que, preconceito como um juízo sem fundamento, recebe a matriz negativa, exatamente no *Aufklärung*. Nos termos de Gadamer (2003, p.407), a origem etimológica da palavra preconceito é *Vorurteil* - que significa dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes do conceito. Assim, preconceito não seria falso juízo a priori - exatamente por permitir valorações positivas ou negativas anteriores à prova definitiva.

O mote do preconceito contra os preconceitos – marco paradigmático do Estado Moderno - remete a uma tentativa de negar a historicidade, a tradição e a consciência histórica do ser humano. Porém, alerta Kuhn (1997, p.15), os livros sobre ciência são enganosos em aspectos fundamentais - já que parecem pretender demonstrar que o conteúdo da ciência, principalmente o da ciência natural é exemplificado de maneira ímpar pelas observações, leis e teorias (ciência por acumulação) quando, na verdade, a estrutura das revoluções científicas demonstra que a ciência é mais um emaranhado de ideias vencedoras que passam a ser compartilhadas por vários indivíduos de uma dada comunidade científica de uma determinada época.

Nestes termos, a História, quando apresenta o progresso da ciência de forma evolucionista, na verdade, esconde que aquilo que está disposto nos livros nada mais são que interpretações de uma suposta realidade – posto que, até então, elas ainda não foram derrubadas por novas teses determinantes da nova razão da comunidade científica. A Ciência, nesta via, apresenta-se mais como um emaranhado de construções narrativas que dependem intrinsecamente dos paradigmas e ideias descartadas como partes de uma integridade histórica e unidade pedagógica do que, efetivamente, de uma descrição fiel e inabalável da realidade fática.

No contexto do discurso positivista sociológico, a partir de uma escolha paradigmática que visa moldar a natureza à própria forma, o Direito propõe-se, no *Aufklärung*, a esquecer-se de tudo que não poderia ser explicado pela razão e pelos métodos, despotencializando a tradição e toda a compreensão temporal e subjetiva, trazendo aos textos escritos e codificados, a pretensão de unidade, coerência e completude – crendo, pois, atingir as suas verdades sem a necessidade de se lastrear na historicidade e na subjetividade humana.

São as Escolas Hermenêuticas do Romantismo e do Historicismo que oferecem as primeiras críticas às premissas do *Aufklärung*. A primeira propondo um retorno à tradição como única condição para a obtenção das verdades e, a segunda, elevando

a História como parte fundamental da análise de qualquer fenômeno humano. Ambas, todavia, pecaram na mesma edificação argumentativa do *Aufklärung*, já que a primeira, perpetuando uma fé romântica no “*mythos*”, acabou negando qualquer verdade advinda da razão (criando um preconceito com o processo racional) e, a segunda, relativizando o racionalismo e, também o pensamento naturalista, acabou negando a existência de mais de uma verdade possível (criando um preconceito da subjetividade), já que a existência de um sentido único e verdadeiro, para esta escola, seria alcançável a partir da verdade histórica da intencionalidade de um autor (“estética do gênio”).

A demonstração, por Heidegger, de que o círculo interpretativo da linguagem teria um caráter ontológico positivo evidenciaria, mesmo que não intencionalmente³, a falibilidade das construções hermenêuticas advindas do *Aufklärung* e das Escolas do Romantismo e do Historicismo. Para Heidegger, nos termos de Gadamer (2003, p.402), o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Não há, nestes termos, uma interpretação única e central das coisas capaz de, objetivamente, mostrar-se tão clara tal qual um ponto final. O que verdadeiramente acontece para Heidegger no processo hermenêutico interpretativo é o surgimento de novas fontes de compreensão que tornam possíveis relações de sentido até então ainda não alcançadas. A temporalidade e a subjetividade, tanto do intérprete quanto do autor, produzem resultados infinitos no processo compreensivo e, nestes termos, possibilitam ressignificações das coisas.

Destarte, não há, pois, como dissociar a historicidade do ser da interpretação histórica do objeto interpretado como pretendia o *Aufklärung* e a Escola Historicista, nem tampouco, é possível relegar o papel da razão no alcance da verdade da vida, como pretendia a Escola Romancista. Isto é, o ser e o ente, sendo unos, determinam que frente a um processo interpretativo faz-se necessário deixar-se determinar pela própria coisa.

As compreensões heideggerianas e gadamerianas, contudo, ainda não se apresentam evidentes nos processos decisórios da contemporaneidade. Para que tais acepções possam alcançar e alterar a construção racional das decisões da atualidade, apresenta-se, aqui, o Poeta-Juiz – como um exemplo de reconciliação das dimensões do ser e do ente propostas pelas compreensões existencialistas da Hermenêutica Filosófica e da Filosofia da Linguagem.

3 Segundo Gadamer, Heidegger não intenciona, pelo menos, não diretamente, dedicar-se aos estudos propriamente hermenêuticos. Nos termos de Gadamer (2003, p.400), ele entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade de desenvolver a pre-estrutura da compreensão. Heidegger compreende que a forma da interpretação compreensiva dá-se a partir de um ciclo que envolve a identificação, pelo intérprete, da posição prévia (*vorhabe*), da concepção prévia (*Vorbegriff*) e da visão prévia (*Vorsicht*) e, conseqüentemente, de suas constantes eliminações para obtenção da verdade da coisa, definindo que o fundamento de uma interpretação textual é vinculado ao fato de que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo.

3 | O POETA-JUIZ: UMA PROPOSTA DE RECONCILIAÇÃO DO SER E DO ENTE.

Nussbaum (1997, p.115) inicia o capítulo do livro *Justiça Poética* intitulado “*Los Poetas como jueces*” a partir de um poema escrito por Walt Whitman no pós-guerra civil dos Estados Unidos (Guerra de Secessão), em 1867. A Guerra Civil Americana – que durou de 1861 a 1865 - apresentou uma polarização entre estados sulistas e nortistas acerca da questão da escravidão - culminando na morte de vários soldados e do Presidente Abraham Lincoln.

Whitman, segundo Nussbaum (1997, p.116), dizia que enquanto refletia sobre os dias de guerra e paz e sobre os mortos sem retorno, recebera a visita de um Fantasma, ativo e gigante, de severo semblante – entendido pela autora como uma representação dos jovens mortos na Guerra e do presidente assinado. O Fantasma afirmara à Whitman que, apenas os poetas (que seriam uma espécie de juizes), seriam capazes de aplicar “regras de justiça” para manterem unidos os estados em uma única nação. O poeta juiz – diferentemente dos juizes predominantes da arena pública – não seguiria os modelos convencionais de julgamento, mas determinadas descrições normativas, destacadas pelo poema:

De los estados el poeta es hombre ecuánime, no en él sino fuera de él las cosas son grotescas, excéntricas e infructuosas... El otorga a cada objeto a cualidad su justa proporción, ni más ni menos es el árbitro de lo diverso, es la clave, es el igualador de su época y su tierra... Los veleidosos años él sostiene con fe firme, él no es pendencia, sino juicio (la naturaleza lo acepta absolutamente), nos juzga como el juez, sino como el sol lamiendo una criatura indefesa... El ve la eternidad en hombres y mujeres, no ve a hombres y mujeres como sueños o puntos minúsculos⁴. (Nussbaum, 1997, p.115 apud Whitman, 1867)

De antemão, é necessário destacar que relacionar o poeta-juiz ao juiz formal da estrutura estatal, não se trata de uma concessão ao irracional, mas, antes, de uma abertura ao humanismo. Contudo, para se evidenciar de forma mais assertiva a precedente afirmação, faz-se necessário, num exercício de abstração e comunicabilidade com a essência poética, um mergulho na dimensão literária das descrições normativas do poeta-juiz.

Nussbaum (1997, p.117) inicia sua análise a partir das frases: “O poeta é um homem equânime”, “Ele confere a cada objeto a qualidade da justa proporção, nem mais nem menos” e “Ele é o equalizador de seu tempo e sua terra”, remetendo-as a um tipo de justiça proposta por Aristóteles.

Aristóteles (1972, p.321-338), em escritos que datam de, aproximadamente, 349

4 A tradução de um poema conduz a perdas de sentido. Todavia, para que seja possível dimensionar a extensão interpretativa, segue uma tradução possível: “Dos estados o poeta é um homem equânime. Não ele, mas fora dele, as coisas são grotescas, excêntricas e infrutuosas... Ele confere a cada objeto a qualidade da justa proporção, nem mais nem menos, ele é o árbitro do diverso, ele é a chave, Ele é o equalizador de seu tempo e sua terra... Os anos inconstantes que ele mantém com fé firme, ele não é pendência, mas julgamento (a natureza o aceita absolutamente), não julga como juiz, mas como o sol lambendo uma criatura indefesa... Ele vê a eternidade em homens e mulheres, ele não vê homens e mulheres como sonhos ou pontos minúsculos”.

A.C, escreve a obra *Ética à Nicômaco*, visando evidenciar a finalidade do homem no mundo. Eminentemente teleológico, considerava que a finalidade dos homens era a busca pelo mais absoluto dentre todos os bens apriorísticos: a felicidade. Compreendendo que a composição do homem era corpo e alma, identificava que, no que tange à última, três grandes potências: potência vegetativa (que estaria vinculada ao crescimento), potência sensitiva (que estaria vinculada às paixões) e potência intelectual (que estaria vinculada à sabedoria). Sendo a potência vegetativa comum aos demais seres, a finalidade do homem só poderia estar relacionada ao pleno desenvolvimento das potências sensitiva e intelectual, ambas vinculadas ao pleno desenvolvimento da razão.

Ao pleno desenvolvimento destas potências da razão, Aristóteles deu o nome de virtude. Atingiria, pois, sua finalidade o homem que agisse bem (virtude moral corolária da potência sensitiva) e que pensasse bem (virtude intelectual corolária da potência intelectual). A potência intelectual vincula-se à razão pura (ao conhecer) e a potência sensitiva vincula-se à razão prática (ao agir), sendo que a primeira se desenvolveria a partir de características naturais, experiência e atividades intelectivas e, a segunda, a partir do hábito. Um homem que agisse bem (razão prática) e pensasse bem (razão pura) era, pois, um homem virtuoso e, nestes termos, um homem justo. O mais virtuoso e justo de todos os homens seria o homem político, posto que agiria bem e pensaria bem para conduzir os demais homens da pólis à felicidade.

Para compreender o que era o justo, Aristóteles partia de seu oposto – a injustiça – (Aristóteles, 1972, p 2249-2641). Tida como a disposição de caráter para agir injustamente e desejar o que é injusto, a justiça seria a disposição de caráter para agir e desejar o que é justo. Aristóteles separou a justiça, então, em dois grandes tipos, justiça total e justiça privada ou individual e, em duas grandes esferas, justiça natural e justiça legal. A justiça privada - necessária para se alcançar a justiça total – tratar-se-ia da justiça vinculada à distribuição (justiça distributiva) e a justiça vinculada à correção (justiça coercitiva).

A justiça coercitiva – espécie de justiça aritmética (igual, relativa e intermediária) – teria o papel de igualar a condição de perda com o respectivo ganho. A justiça coercitiva, por sua vez, seria composta por dois tipos específicos: voluntária e involuntária. A primeira, ocorreria por acordo e, a segunda, por compulsão ou ignorância.

A justiça distributiva, por sua monta, seria a justiça que teria por finalidade a distribuição dos bens na cooperação social. Vincular-se-ia, então, a dar a cada um o que lhe pertence a partir de critérios meritocráticos, apresentando-se como uma justiça geométrica.

Da justiça, ter-se-ia uma parte natural – que teria a mesma força onde quer que fosse existir e uma legal que, aprioristicamente seria indiferente, mas deixaria de sê-lo depois de estabelecida (Aristóteles, 1972, p 2249-2641). Aristóteles questionava-se se uma coisa poderia ser justa ou injusta por natureza ou por lei. Considerava a não existência de coisas justas ou injustas naturalmente, já que, somente após

a ação humana algo poderia se transformar em injustiça. Nestes termos, as coisas seriam justas apenas por decisão humana - sendo necessário definir que tipos destas decisões poderiam ser justas.

Aristóteles entendia que um homem agia de maneira justa ou injusta sempre que praticava atos de justiça ou injustiça voluntariamente – isto é, a voluntariedade determinaria a justiça de um ato. Sendo, então, a justiça algo eminentemente humano e vinculada ao agir voluntário, Aristóteles determinava que a equidade seria uma espécie de justiça que funcionaria como uma régua para correção da justiça legal – tratar-se-ia, então, do ato de corrigir a lei quando ela se mostrasse deficiente em razão de sua universalidade.

Nestes termos, a justiça, para Aristóteles, seria uma espécie de meio termo entre dois extremos (excesso e falta), como a régua flexível de um arquiteto - que se curva para adequar-se à forma da pedra.

O poeta-juiz, por ser um homem equânime, tem como primeira grande característica a prática da justiça como uma espécie de meio termo entre o excesso e a falta, conforme proposta por Aristóteles. O poeta juiz, na interpretação de Nussbaum (1997, p. 118), confere a cada pessoa julgada, uma justa proporção entre a ação delituosa e a penalização, sem deixar-se influenciar por clamores públicos e punitivismo. Nestes termos, os efeitos das prognoses sociológicas da coercibilidade são levados em conta para a determinação do ato de punir.

Na continuação das análises das frases do poema de Whitman por Nussbaum (1997, p. 118-137) a seguir destacadas - “vê a eternidade em homens e mulheres, ele não vê homens e mulheres como sonhos ou pontos minúsculos” e “É o árbitro do diverso, é a chave”- a autora evidencia que a segunda grande característica do poeta-juiz é o julgamento, com a imparcialidade e neutralidade, aproximada ao julgamento de um expectador de narrativas de um romance.

Esta diferença na compreensão da imparcialidade e neutralidade possibilitada pela prática literária quer demonstrar a não existência de uma imparcialidade associada a uma generalidade remota. Isto porque, segundo Nussbaum (1997, p 138), ao se adentrar na esfera de subjetividade de um personagem de romances, torna-se possível sentir o que a personagem sente, sofrer o que ela sofre, entender o que ela faz e porque o faz sem, contudo, minar o julgamento de ético de suas ações.

Nestes termos, no item a seguir, trabalhar-se-ão os dois principais ensinamentos do poeta-juiz (justiça como equidade e o julgamento com imparcialidade e neutralidade literárias) como meios para uma reinterpretação dos princípios da neutralidade e imparcialidade dos juízos contemporâneos. Destaca-se, de antemão, contudo, que o poeta-juiz pode não responder a todas as necessidades de uma justiça racional e humana – já que há, por trás de nossas estruturas, há uma estrutura institucionalizada-positivada. Nussbaum especifica que Whitman, neste poema, dá uma ampla liberdade ao poeta-juiz levando às últimas consequências a compreensão do raciocínio judicial que deriva da radicalização de direito consuetudinário, com sua ênfase aristotélica no

particular – o que se contrapõe com os modelos convencionais de justiça da tradição *civil law*. Nem mesmo na tradição consuetudinária – *common law* -, segundo Nussbaum, há uma prática desmedidamente vinculada à compaixão e à fantasia, como propõe a figura do poeta-juiz de Whitman.

As regras, portanto, funcionando como guias, não estão dissociadas do Direito e não podem ser deixadas exclusivamente, a uma desmedida correlação passional. As mesmas, cumprem uma função importante na justiça legal formal, garantindo estabilidade e reduzindo erros judiciais. Todavia, por si só, as regras não abarcam as complexidades da vida humana e dos casos e cabe, ao juiz, a função de atuar como um expectador de narrativas de romances para retomar a dimensão humana de seu ato de julgar, partindo, inicialmente, de uma reinterpretação dos princípios que guiam tal ato.

4 | OS ENSINAMENTOS DO POETA-JUIZ COMO UM EXPECTADOR DE NARRATIVAS: UMA REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA NEUTRALIDADE E IMPARCIALIDADE DOS JUÍZOS

O Poeta-juiz como um expectador de narrativas de romances, contempla cada vida como individual e singular. As personagens de uma trama, principalmente, aquelas que sofrem, transbordam sua subjetividade para o leitor – transportando-o, na leitura literária, para a vida e dores por elas sofridas. Nestes termos, o poeta-juiz, como um expectador de narrativas, é um juiz que não se desvia de todo o conhecimento empático concreto acerca das desvantagens específicas de grupos e saberes historicamente subalternizados.

Nos termos de Foucault (1999, p.12), saberes sujeitados, [representam] toda uma série de saberes que estavam desqualificados como saberes não conceituais, como saberes insuficientemente elaborados: “saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos”. O poeta-juiz conduz a uma empatia por estes saberes – o que, faticamente - é demonstrado na realidade da vida. Não é possível sentir nitidamente a ofensa constitucional e a grave infração que a lei pretende e deve remediar no caso de uma mulher que sofre assédio em seu ambiente de trabalho se não houver uma aproximação empática com o significante e o significado de ser mulher numa sociedade historicamente patriarcalista, por exemplo. Nestes termos, o juiz literário ensina que é necessário se deter à experientiação da dor de uma outra pessoa.

Para Nussbaum (1997, p.141), a compreensão literária cria hábitos mentais que conduzem a uma racionalidade voltada para a igualdade social. A identificação com grupos marginalizados e oprimidos pressupõem um olhar com os olhos destas pessoas – sentindo as frustrações, desejos e aspirações dentro de seus mundos sociais.

O princípio da neutralidade dos juízos – que pretende manter, na estrutura formal

legal contemporânea - um distanciamento altivo das partes para uma decisão técnica, justa e imparcial, não é, pois, nos termos de um juiz literário e humanista, um juízo ético.

Evidencia-se, na contemporaneidade, o que se afirma em linhas supra, determinados julgados realizados que produziram decisões eticamente questionáveis. O primeiro julgado a ser analisado é o que versa sobre uma discussão judicial acerca do transporte coletivo gratuito para Idosos ocorrida em 2004, no Superior Tribunal de Justiça. No referido caso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) – em sua função reguladora, buscava cassar decisão que isentava a Associação Brasileira das Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros (Abrati) de cumprir determinação contida no “Estatuto do Idoso” atinente à reserva de, pelo menos, duas vagas nas linhas interestaduais. Colaciona-se, aqui, trecho da decisão do Ministro Edson Vidigal:

Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em Dólares. Nem nos Reais da nossa atual unidade monetária, que exhibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada. (...)

Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.

Se isso não tem previsão contratual, não está em vigor, não foi pactuado entre a empresa e o Estado; ainda que essa ordem decorra de uma Lei, não está a empresa autorizada, concessionária ou permissionária, obrigada a transportar de graça o matusalém, por mais carcomido que apareça. (Brasil, Stj, 2004)

A insensibilidade à condição subalternizante e historicamente vulnerável dos idosos conduziu a uma decisão desprovida de juízo empático. Esta decisão, posteriormente, foi reformada. Todavia, certo é, que na vigência de uma imparcialidade e neutralidade a partir das concepções do juiz-expectador de narrativas, a situação precisaria não ter se arrastado pelos tribunais.

Outro julgado, também importante para a compreensão de que um distanciamento altivo das partes para uma decisão técnica, justa e imparcial nos termos interpretativos hermenêuticos da contemporaneidade, não é, pois, um juízo ético, trata-se do acórdão do TRT de Minas Gerais cuja discussão versava sobre pedidos de danos morais pela ofensa ao princípio da dignidade humana tendo em vista a realização de transporte de trabalhadores em meio a fezes de suínos e bovinos.

EMENTA: DANOS MORAIS. TRANSPORTE INADEQUADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto ao transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com

elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos). (Brasil, TRT, 2003)

A insensibilidade à condição subalternizante, reiterada, pela construção tecnicista de que o transporte inadequado, frente às circunstâncias fáticas acima destacadas, tratava-se de mera infração das normas do Código de Trânsito Brasileiro, conduziu a uma decisão carecedora de fundamentação humanística.

Outra decisão que aduz a necessária reinterpretação dos princípios da imparcialidade e neutralidade dos juízos foi realizada por um juiz de Sete Lagoas (MG) que considerou inconstitucional a Lei Maria da Penha e rejeitou pedidos de medidas contra homens que agrediram e ameaçaram suas companheiras. Abaixo, colaciona-se trecho da decisão:

Ora, a desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher, todos nós sabemos, mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem (...) O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem! (Brasil, Jd, 2007)

É cediço que a Lei 11340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, é considerada um marco na defesa da mulher contra a violência doméstica. A justificação do juiz, pautada em critérios axiológicos eminentemente teológicos e patriarcais, afasta quaisquer percepções de um juízo ético e humanista atento às complexidades sociais da vida humana.

Nussbaum (1997, p. 138) afirma que a tese de seu livro está bem sintetizada na citação inicial do último capítulo “Poetas como Juizes” que versava sobre uma frase do Juiz Stephen G. Breyer, ao Comitê Judiciário do Senado, nas audiências para sua nomeação ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos:

Cada uma das pessoas em cada uma dessas casas e cada uma dessas famílias é diferente, e cada uma delas tem uma história para contar. Cada uma dessas histórias diz algo sobre o caminho humano. Cada uma dessas histórias fala de um homem, uma mulher, filhos, famílias, empregos, vidas, e o livro nos diz isso. Então a literatura tem sido muito útil para eu sair da torre. (Nussbaum, 1997, p. 115 apud Breyer)

Breyer, neste discurso, fala tanto do domínio técnico como do sentimento e da imaginação - insistindo que os segundos devem estar continuamente contidos nos primeiros. A capacidade de ver a vida das pessoas, à maneira dos romances, é importante para a preparação de um juiz formal da estrutura jurídico-judiciária estatal.

Nestes termos, advoga-se aqui, que os princípios da neutralidade e imparcialidade presentes na justiça legal formal devem ser entendidos como neutralidade e imparcialidade literárias – que permitem uma aproximação empática com a vida daqueles que estão sob julgamento e a experiência de suas realidades e dificuldades, sem contudo, perder o distanciamento capaz de cegar toda a análise

atinente a suas ações.

Somente uma neutralidade e imparcialidade literárias - únicas realmente capazes de possibilitar a construção de uma decisão justa e correta - aproxima as pessoas e as suas experiências sem, contudo, nublar a noção de ações contrárias a lei. Experimentar a dor daqueles que sofrem permite uma compreensão da dimensão humana, com todas as fraquezas, dores e sabores que permeiam uma trajetória. Este contato do juiz formal com o imaginário literário permite a formação de juízos mais éticos e atentos às disparidades sociais.

5 | CONCLUSÃO: (OU, POR QUE OS JUIZES POETAS PERDOAM DEUS?)

Muito embora traduzir Clarice Lispector seja um atentado à profundidade de sua obra, pretende-se concluir este pequeno ensaio com uma tentativa, certamente longe de ser bem-sucedida, de explorar o texto *Perdoando Deus*. Já no início desta obra, Clarice afirma que tudo via e era sem esforço e à toa. Não julgava, apenas via. Era livre porque percebia o mundo, as pessoas, cada pequena coisa – como uma mãe do mundo. Não havia superioridade ou igualdade no que sentia em “ser ali”, nenhuma prepotência ou glória em seu ato: ele apenas era. Tão distante se encontrava da pequenez mundana - que se sentia capaz de acariciar Deus como a um filho.

Porém, frente a esta epifania de ser/existir, pisara em um rato – ser adjeto que lhe causava desprezo. Buscando compreender como poderia um rato tirá-la, tão rapidamente, de um estado de compreensão eterna sobre tudo e todos - um estado de compreensão da própria sensação de ser a Terra - Clarice passa a se questionar se o que sentira antes havia sido real: “Amara, de verdade, a tudo do mundo? Ao mundo e à terra?” (Lispector, 1971, p. 28).

Seu sentimento mundano de vingança por ter sido tirada de sua comunhão com a elevação do ser, se traduziu em uma revolta contra Deus – afinal, se ele era responsável por tudo que existe, também foi responsável por fazê-la encarar aquele rato. Todavia, na construção de seu texto, Clarice Lispector questiona se esta não seria a forma de Deus mostrá-la que amar não implica seleções. “Será que amar não seria aceitar as incompreensões – porque amar o que se compreende é fácil e é pequeno?” (Lispector, 1971, p.29).

Analogamente ao que se pretendeu demonstrar no artigo, cabe aos juízos da justiça formal, aceitar o amor ao feio, o amor por aquilo que se odeia e até por aquilo que se despreza. O ato de julgar exige dos juízes uma poeticidade e uma compreensão da complexidade e da particularidade das vivências e dificuldades dos outros. Enquanto apenas se tentar ter amor – enquanto apenas se tentar entender as pessoas, sem efetivamente sentir o pior e, ainda, o que de melhor podem oferecer, não há compaixão e atenção nem, tampouco, compreensão da dimensão da subjetividade analisada. Enquanto se inventar Deus – traduzi-lo nas coisas mais belas e lindas – esquecendo

que, se ele existe, tudo ele é, não há comunhão com as variáveis da vida.

Eliminar ou ignorar as complexidades humanas é eliminar toda a justificação racional de um processo decisório. O Direito, nesta via, não pode ser encarado como uma ciência natural – dedutivista – mas, como uma ciência humana - que deve dar atenção à história e às circunstâncias de cada ser julgado. Para um juízo ser plenamente racional, necessário o uso da capacidade de compreender e de fantasiar, iniciando tal compreensão na ressignificação dos princípios da neutralidade e imparcialidade pela ótica literária.

Se não desenvolvidas as dimensões humanísticas e empáticas nas tratativas do outro, as vozes que, normalmente, encontram-se amplamente mudas e que buscam a justiça na tentativa de comunicarem sua própria existência, permanecerão em silêncio e a democracia permanecerá velada.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco (Livro I), Volume II. In: _____. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1972. 375p.

BRASIL. Juiz de Direito. Apelação Cível. Autos nº 222.942-8/06 (“Lei Maria da Penha”). Sete Lagoas, Minas Gerais, 12/02/2007. Decisão: Edílson Rumbelsperger Rodrigues. Lex: jurisprudência do CNJ, Brasília, fev.2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão. Processo: 01023-2002-081-03-00-0. 7ª Turma, Vara do Trabalho de Guaxupé, MG. Juiz Relator: Juiz Milton V Thibau de Almeida Juiz. Revisor: Juíza Maria Perpetua C.F.de Melo. Rondônia, 25/03/2003. Decisão: Juiz Milton V Thibau de Almeida Juiz. Lex: jurisprudência do TRT, Minas Gerais, mar. 2003.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Mandado de segurança n. 1404 - (2004/0119581-4). Requerente: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Requerido: Desembargador Federal relator do Mandado de Segurança n. 200401000372685 do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Brasília, Distrito Federal, 10/09/2004. Decisão: Ministro Edson Vidigal. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Rondônia, set.2004.

COMTE, August. Curso de Filosofia Positiva. Edição: Os pensadores. Tradução: José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 637p.

DARWIN, Charles. A Origem das Espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza. Tradução: Mesquita Paul. Vol.1. Porto: Lello & Irmão – Editores. 2003. 572 p.

FOUCAUT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 382 p.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. 731p.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 9. ed. Parte 1. Petrópolis: Vozes, 2000. 325 p.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução: Clélia Aparecida Martins. Rio de Janeiro, Petrópolis. Editora Vozes, 2013. 253 p.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento? Tradução: Luiz Paulo Rouanet.

Jornal: Berlinischer Monatschrift. Königsberg, Prússia, 1783. 7p.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 271 p.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 5. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. 257p.

LISPECTOR, Clarice. Perdoando Deus. In ____: Felicidade Clandestina. Editora Rocco, 1971. 100p.

NUSSBAUM, Marta. Justicia Poetica: La imaginación literária y la vida pública. Traducción: Calor Gardini. Editora Andres Bello. Santiago/Chile, 1997. 183p

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. Tradução: Paulo César de Souza. Rio de Janeiro. Editora Companhia De Bolso, 2012. 344 p.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 104p.

SPENCER, Herbert. Classification des sciences. Paris: Libraire Germer Baillière, 1872. 572 p.

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Data de submissão: 05/02/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Alessandra Cristina Furlan

Universidade Estadual do Norte do Paraná -
UENP

Cornélio Procópio

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4533-3103>

RESUMO: O tema do artigo é a boa-fé objetiva nos contratos mercantis. Na pós-modernidade, a boa-fé consiste em pedra angular do direito das obrigações, de forma a assegurar o comportamento probo, antes, durante e após a contratação. Além do adimplemento da prestação principal, os figurantes devem respeitar deveres de conduta implícitos ao negócio. No entanto, entre empresários, a autonomia privada mostra-se ampla, já que impera a igualdade entre os envolvidos para definir as condições e cláusulas do pactuado. Assim sendo, indaga-se: é possível conciliar o intuito de lucro, o risco da atividade, o ambiente concorrencial e profissional, com práticas honestas e leais? Como os doutrinadores abordam e os tribunais aplicam o princípio da boa-fé no contexto empresarial? A resposta é objetivo do estudo. Justifica-se a investigação pelo interesse teórico e pelas repercussões práticas, no sentido de disseminar a ética

no contexto mercantil. Trata-se de pesquisa de cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico-dedutivo e que conta com procedimentos metodológicos, como pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Os resultados alcançados estão divididos em várias seções e, podem ser mencionados: a autonomia privada é essencial; a boa-fé objetiva origina deveres implícitos, cujo desrespeito culmina em responsabilidade civil; os tribunais aplicam a boa-fé aos vínculos entre empresários, considerando inúmeros fatores, como a condição do contratante e os objetivos do acordo. Enfim, o estudo confirma que a intervenção estatal é excepcional no contexto empresarial, de forma a resguardar a iniciativa privada e a livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. Boa-fé objetiva. Contratos empresariais.

OBJECTIVE GOOD FAITH IN BUSINESS CONTRACTS

ABSTRACT: The subject of the article is the objective good faith in commercial contracts. In postmodernity, good faith is the cornerstone of obligation law to ensure ethical behavior before, during and after hiring. In addition to the payment of the main installment, the parts must respect the conduct duties implicit to the business. However, among entrepreneurs,

private autonomy proves to be wide, since the equality of those involved prevails to define the conditions and clauses of the agreement. Therefore, the question is: is it possible to conciliate the purpose of profit, the activity risk, the competitive and professional environment, with honest and loyal practices? How do indoctrinators approach and courts apply the principle of good faith in the business context? The answer is the objective of this study. The investigation is justified by the theoretical interest and practical repercussions, in order to disseminate ethics in the commercial environment. This is a theoretical, exploratory and critical research, developed under the light of scientific-deductive method and which has methodological procedures, such as bibliographic, legislative and jurisprudential research. The results achieved are divided into several sections and can be mentioned: private autonomy is essential; objective good faith gives rise to implicit duties, and the disrespect of which culminates in civil liability; Courts apply good faith to business-to-business ties, considering a number of factors, such as the condition of the contractor and the objectives of the agreement. Finally, the study confirms that state intervention is exceptional in the business context, in a way to safeguard private initiative and free competition.

KEYWORDS: Private autonomy. Objective good faith. Business contracts.

1 | INTRODUÇÃO

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) rompeu com o paradigma liberal, em que imperava o individualismo e a preocupação patrimonialista, para adotar uma concepção social e personalista. Referido documento elegeu como princípios basilares o da socialidade (prevalência dos valores coletivos sobre os individuais), da eticidade (boa-fé nas relações jurídicas) e da operabilidade (busca de soluções viáveis na aplicação do direito).

Mais especificamente no direito contratual, os princípios clássicos da autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e relatividade subjetiva dos seus efeitos - que antes imperavam com toda força - passam a sofrer limitações ocasionadas pelos novos princípios: função social do contrato, boa-fé objetiva e equivalência material.

Observa-se que, na contemporaneidade, a boa-fé é pedra angular do sistema de direito privado e, expressa na legislação brasileira, encontra amparo na doutrina nacional, bem como aplicação pelos tribunais. Por certo, a influência da cláusula geral que consagra o princípio da boa-fé nas relações é algo que não se pode desprezar: valoriza-se o comportamento ético nos acordos.

No plano empresarial, contudo, as avenças são firmadas por agentes econômicos profissionais que, a princípio, se apresentam em situação de paridade jurídica. Dispõem de existência moldada pela intenção de lucro bilateral, sem qualquer garantia de sucesso do empreendimento. Destaca-se ainda, o cenário de concorrência, bem como o fato dos contratos serem celebrados por intermédio de administradores, com

efeitos para os empresários ou para as sociedades empresárias representadas.

Com base nas informações contextuais, o tema do corrente artigo é a boa-fé objetiva nos contratos mercantis. Assim sendo, indaga-se: é possível conciliar o intuito de lucro, o risco da atividade, o ambiente concorrencial e profissional, com práticas honestas e leais? Como os doutrinadores abordam e os tribunais aplicam o princípio da boa-fé no contexto empresarial? O objetivo central da pesquisa é a análise da literatura e da jurisprudência, de forma a identificar os elementos que interferem na aplicação da cláusula geral nas relações comerciais.

A discussão extrapola os contornos jurídicos porque a maioria dos contratos empresariais é negociada por administradores (sócios ou não), sujeitos ao dever de cuidado e diligência¹. A violação da boa-fé pode, pois, culminar em prejuízos materiais aos agentes econômicos e na responsabilidade civil dos profissionais.

Justifica-se a investigação pelas repercussões práticas, no sentido de disseminar a ética no ambiente mercantil. Aliás, o princípio da boa-fé adentrou no direito pátrio pelo Código Comercial de 1850, e é exatamente no domínio dessas relações que se evidencia a maior necessidade de condutas honestas pelos contratantes.

A pesquisa realizada tem cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico lógico-dedutivo e que conta com diversos procedimentos metodológicos de coleta de informações e dados. Preliminarmente, sobressai a pesquisa bibliográfica, com recurso a livros e artigos científicos, que explicam a boa-fé objetiva em perspectiva geral e mercantil. Investigou-se a legislação nacional (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Comercial e Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019) e estrangeira (Código Civil Alemão e Código Civil Italiano). Procurou-se os entendimentos adotados nas Jornadas de Direito Civil, eventos organizados pelo Conselho da Justiça Federal (CJF).

O estudo contém, ademais, os resultados de pesquisa jurisprudencial efetuada na página do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais estaduais. Estão descritos alguns casos concretos envolvendo a boa-fé objetiva e a forma de aplicação do princípio aos mesmos.

Enfim, adverte-se que o texto não tem por finalidade um estudo teórico aprofundado a respeito da boa-fé objetiva, mas tão somente identificar elementos que justificam a sua aplicação diferenciada (ou mitigada) aos contratos empresariais. Para tanto, na primeira parte do trabalho, é examinado, de forma generalizada, o princípio da boa-fé objetiva como limitador da autonomia privada. Após tratar das especificidades dos contratos empresariais, passa-se à análise de decisões judiciais, confrontando as premissas teóricas com os entendimentos judiciais.

1 O Código Civil, no *caput* do artigo 1.011 dispõe: “O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.” E, estabelece o artigo 1.016: “Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.” Há outros artigos que regulamentam as funções e as responsabilidades dos administradores das sociedades empresárias.

2 | A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITADORA DA AUTONOMIA PRIVADA

O contrato é instrumento de transferência da propriedade e faz circular a riqueza privada. No tocante à exploração da atividade econômica, o empresário celebra inúmeros negócios jurídicos, os quais sujeitam-se a normas diversas, dependendo de quem é o outro contratante. Se o empresário contrata com o consumidor, a relação está subordinada às regras do Código de Defesa do Consumidor. Se as duas partes são empresárias, reputam-se mercantis os acordos e incide o Código Civil ou a lei especial² (COELHO, 2008, p. 409-410).

Um dos mais importantes princípios na esfera negocial é o princípio da autonomia da vontade, que reconhece aos particulares a liberdade de celebrar ou não o contrato, escolher com quem contratar, determinar a forma e as cláusulas contratuais³. Amaral (2003, p. 347-348), com muita propriedade, prefere a terminologia autonomia privada e, diferencia: “A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real.”

Uma vez constituído validamente o acordo, os sujeitos devem adimpli-lo, com vistas à satisfação do credor. Diz-se que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), uma vez que, definidos os direitos e os deveres, as cláusulas têm força obrigatória e não podem ser modificadas. Por conseguinte, *a priori*, nem as partes, nem o Estado – seja por intermédio dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário - estariam autorizados a modificar o acordado⁴.

A revolução do sistema de produção, comercialização e distribuição de produtos e serviços, o desenvolvimento da tecnologia, bem como a expansão do marketing e a popularização do crédito, resultaram no crescimento do número de contratos celebrados. Como efeito, as mudanças produziram manifestações patológicas, fruto do desequilíbrio econômico entre as partes e do crescimento das negociações em massa. A intervenção estatal passou a ser indispensável para coibir abusos dos grandes conglomerados e, destinada à proteção dos sujeitos vulneráveis da relação.

Com isso, a liberdade negocial que, nos séculos XVIII e XIX, reinou de forma ampla, passa a sofrer restrições por parte do princípio da boa-fé objetiva. Com origem no direito alemão (*BGB*, § 242)⁵, a boa-fé objetiva foi consolidada nas codificações

2 A palavra empresário no texto abrange o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) e as sociedades empresárias.

3 Mencionado princípio, embora fundamental, “não está expressamente previsto no direito civil brasileiro, salvo no seu pressuposto constitucional, que é a liberdade de iniciativa econômica” (AMARAL, 2003, p. 372).

4 Os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato podem ser bem compreendidos, sob a perspectiva liberal, no discurso do agiota judeu Shylock, quando cobra judicialmente a libra de carne do corpo do mercador Antônio, que não quitou a dívida no prazo combinado. Os argumentos encontram-se na peça “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. O filme homônimo é opção interessante, com as ótimas atuações de Al Pacino e Jeremy Irons nos papéis de Shylock e Antônio, respectivamente.

5 No original: “§ 242 *Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

européias, como a italiana (*Codice Civile*, art. 1.375)⁶ e, chegou à brasileira. Ela está prevista no Código Civil (arts.113, 187 e 422), no Código de Defesa do Consumidor (art.4º, III e art. 51, IV) e até mesmo na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica e estabelece as garantias de livre mercado, entre outras providências (art. 2º).

O Código Civil dispõe no artigo 113 que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Ainda, nas disposições gerais dos contratos, o artigo 422 estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. E, por fim, o artigo 187 prevê que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Sem dispositivos correspondentes no Código Civil de 1916, os artigos mencionados representam uma respeitável inovação: a introdução do princípio da boa-fé na sistemática do direito privado.

Anteriormente ao Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor já havia prestigiado expressamente a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (artigo 4º, inciso III). Nos termos do estatuto, consideram-se nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabelecem obrigações iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em vantagem exagerada, ou de qualquer forma, são incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (artigo 51, inciso IV).

Atenta-se que, na realidade, o Código Comercial de 1850, no artigo 131, 1 incluiu a boa-fé como princípio vigorante no campo das obrigações e contratos mercantis. Na ocasião, ela foi tratada como simples elemento auxiliar para a interpretação da vontade dos contratantes, sem receber a merecida aplicação. Revogado o dispositivo pelo Código Civil, ainda é possível adotar a boa-fé como fonte de deveres às relações empresariais.

Oportuno, também, destacar que a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, elegeu como princípios: a) a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; b) a presunção da boa-fé do particular perante o poder público; c) a intervenção mínima do Estado sobre as atividades econômicas e, d) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado (artigo 2º).

Percebe-se da leitura dos dispositivos que são empregadas expressões vagas, como “boa-fé” e “probidade”. Na verdade, o legislador vale-se dessa técnica para que o juiz tenha flexibilidade na decisão, de modo a adequá-la às particularidades do caso concreto. Diz-se, assim, que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral (ou aberta), dotada de abertura semântica, nada regulamentando de modo completo e exaustivo. Apresenta como objetivo enviar o julgador “para critérios aplicativos determináveis ou

6 Segundo o artigo 1.375 do Código Civil italiano: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 29).

Pondera-se que a boa-fé objetiva não é apenas a ausência de má-fé. É muito mais que isso, pois, “significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduz um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza*” (AMARAL, 2003, p. 425).

Afirmar que a boa-fé é regra obrigatória de conduta, significa dizer que a lealdade e a probidade permeiam a atuação dos sujeitos antes, durante e após a contratação. Apesar da falta de previsão legal, é bastante claro que “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.” (Enunciado 170 CJP/STJ da III Jornada de Direito Civil). É o que, também, dispõe o Enunciado 25 CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

Inclusive, para ilustrar a incidência da boa-fé na fase anterior à formação do contrato, considera-se “*leading case*” dos tomates. A Companhia Industrial de Conservas Alimentícias, popularmente conhecida como CICA, distribuía sementes a pequenos agricultores sob a promessa de lhes comprar a produção da safra futura. Isso ocorreu, por diversas vezes, mas em determinado momento, embora distribuídas as sementes, a empresária não adquiriu a safra. Os agricultores ingressaram com demandas indenizatórias, alegando a violação da boa-fé, mesmo sem qualquer contrato escrito e, obtiveram êxito nos pleitos (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em: 06-06-1991).

A boa-fé objetiva, para além da perspectiva subjetiva, “determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente estabelece. Endereça-se a todos os ‘participantes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era considerado apenas titular de direitos” (COUTO E SILVA, 2006, p. 33).

Oportuno mencionar que, a nomenclatura de referidos deveres não é objeto de consenso na doutrina. Noronha (2013, p. 471) utiliza a expressão “deveres fiduciários”; Garcia (2003, p. 101) adota “deveres acessórios”; Couto e Silva os chama de “deveres secundários, anexos ou instrumentais” (2006, p. 37). Optou-se por denominá-los, no trabalho, simplesmente “deveres de conduta” implícitos.

São exemplos de deveres de conduta decorrentes da boa-fé: a) dever de cuidado em relação à outra parte; b) dever de colaboração ou de cooperação; c) dever de respeito e confiança; d) dever de informação quanto ao conteúdo do negócio jurídico; e) dever de lealdade; f) dever de agir conforme a equidade e a razoabilidade (CASSETTARI, 2011, p. 185-186). A quebra de tais deveres resulta em violação

positiva do contrato (modalidade de inadimplemento obrigacional), com a consequente responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva, independentemente de culpa (TARTUCE, 2019, p. 101).

Do exposto, denota-se que a boa-fé tem variadas funções: função de interpretação do negócio jurídico, que deve se dar conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração (artigo 113 do Código Civil); a função de controle, segundo o qual comete abuso de direito aquele que contraria a boa-fé objetiva (artigo 187 do Código Civil), estando sujeito à reparação dos danos causados, independentemente de culpa e a função de integração (artigo 422 do Código Civil).

Traçadas as linhas gerais sobre a boa-fé objetiva, passa-se à análise de sua aplicação no âmbito empresarial

3 | A BOA-FÉ E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DOCTRINA

No tocante aos princípios contratuais, enfatiza Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 36) que, quando os polos da relação são ocupados por empresários, a liberdade é proeminente:

o princípio da autonomia da vontade, quando pertinente a contrato empresarial, articula-se com os da livre-iniciativa e livre-concorrência. Empresários devem ser livres para contratar segundo suas vontades porque a liberdade de iniciativa estrutura o modo de produção capitalista. Ademais, a liberdade de contratar dos empresários não pode ser restringida, para que, assim, a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços. No contrato entre empresários (contratos empresariais), ao contrário do que se verifica no contrato de trabalho e no contrato de consumo, a autonomia da vontade ainda é bastante ampla, porque, em geral, as partes podem escolher entre contratar ou não, com quem contratar e negociam livremente as cláusulas do contrato.

Se é certo que a livre iniciativa e a livre concorrência imperam nas relações entre agentes econômicos, isso não significa que as partes encontram-se imunes às práticas leais e honestas. Ao contrário, rechaça-se comportamentos contrários à boa-fé, ainda que os mesmos ocorram no espaço mercantil.

A propósito, um exemplo clássico de desrespeito à incidência da boa-fé entre empresários é “o caso da juta”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1914, envolvendo a Companhia Nacional de Tecidos de Juta (CNTJ) e a Companhia Paulista de Aniagens (CPA)⁷. No ocorrido, a CNTJ foi vendida e, logo após a negociação, o alienante instalou nova fábrica, a CPA, com igual atividade comercial exercida anteriormente e, na mesma área geográfica. Não contente, o alienante também ofereceu os novos serviços à antiga clientela (PEREIRA JUNIOR; SANTOS, 2018, p. 68-85).

⁷ O caso é famoso por envolver os notáveis juristas Ruy Barbosa (advogado de Alvares Penteado, seus herdeiros e a CPA) e Carvalho de Mendonça (advogado da CNTJ).

Após discussão a respeito da possibilidade de caracterização da concorrência desleal, bem como da clientela estar ou não incluída no contrato de alienação, o STF decidiu favoravelmente à demandada. Em que pese o precedente, a jurisprudência enveredou no sentido oposto: mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação de não concorrer com o adquirente do estabelecimento⁸. “Trata-se de decorrência lógica do princípio da boa-fé” (PEREIRA JUNIOR; SANTOS, 2018, p. 68-85), na fase posterior à extinção do negócio.

Conforme evidenciado, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes empresários, além do cumprimento da prestação principal, outros deveres de conduta, como é o caso da informação e da cooperação. Entretanto, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber entendem que a cláusula geral não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis, visto que o ambiente comercial, societário e interempresarial é palco de interesses distintos dos que guiam as relações obrigacionais comuns e dispensam uma excessiva tutela protetiva (2005, p. 43).

Na mesma linha, sustenta Ricardo Lupion (2011, p. 139) que as características próprias dos contratos empresariais impõem a mitigação dos deveres originados da boa-fé objetiva. Conforme o jurista, “o ambiente de concorrência e rivalidade, bem como a assunção dos riscos inerentes dos negócios realizados pelas empresas, não podem ser compensados ou atenuados pela incidência dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.” Destaca, ainda, que “o profissionalismo, a organização empresarial e o ônus que decorre do dever de diligência dos administradores, são medidas e critérios que devem mitigar a incidência desses deveres”.

O estudo da literatura demonstra, porém, que a mitigação dos deveres originados da boa-fé não é questão pacífica. Assim, Pereira Junior e Santos (2018, p. 83) sustentam que: “Nas relações mercantis, os deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, não são mitigados, havendo, uma eficácia diferenciada, como em qualquer relação obrigacional. É no campo das práticas comerciais que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora”.

Como será demonstrado no tópico seguinte, é inquestionável a perspectiva diferenciada que se dá à boa-fé nas contratações eminentemente econômicas, o que não afasta a sua incidência.

A menor intensidade dos deveres secundários, ou o reconhecimento de um maior espaço de autonomia sem incorrer em abusividade, não equivalem à possibilidade de agir em completa liberdade, sem qualquer espécie de controle jurídico. Haverá condutas que, mesmo com esse mais amplo espaço para estratégias econômicas, afigurar-se-ão desleais, violando a boa-fé. (Oliveira, 2015, p. 177).

É possível concluir que, nos contratos pós-modernos, a autonomia privada sofre

8 Atualmente, o assunto está regulado pelo Código Civil de 2002: “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.”

a interferência da cláusula geral da boa-fé objetiva. As restrições são maiores ou menores, dependendo das partes contratantes e das características do liame.

Partindo das premissas elencadas pelos juristas, passa-se à investigação de como os tribunais aplicam a boa-fé objetiva às relações empresariais. A análise se concentrou principalmente em decisões do Superior Tribunal de Justiça.

4 | ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS

Quanto à responsabilidade civil por desrespeito à boa-fé objetiva, o Superior Tribunal de Justiça condenou uma fabricante de veículos a reparar danos materiais sofridos pela interessada em se tornar revendedora. Após anunciar no jornal a busca de novos parceiros, a primeira comunicou à segunda a sua avaliação positiva e a obrigou a antecipar o pagamento de valores. Em seguida, injustificadamente, rompeu a negociação e não restituiu a quantia adiantada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1051065/AM, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013). O caso evidencia a quebra da confiança na fase de tratativas, comportamento inadmissível, mesmo no contexto empresarial.

Em ação ajuizada por sindicato contra empresa distribuidora de medicamentos e produtos farmacêuticos, discutiu-se se seria violação da boa-fé objetiva a conduta da distribuidora repassar às farmácias adquirentes dos produtos, os custos relativos à taxa de emissão de boletos bancários (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1515640/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 03/10/2017). No caso, o Colendo Tribunal entendeu que, tratando-se de relação contratual interempresarial (farmácia/compradora e distribuidora/vendedora), o repasse decorreu “da liberdade de contratar, expressão da autonomia privada dos envolvidos, restringindo-se, sobremaneira, o espaço para que o Estado interfira na relação negocial travada e proíba prática que, ademais, é permitida pela legislação disciplinante”⁹. O entendimento foi no sentido de preservar a liberdade contratual, em virtude da natureza do contrato.

Em outro quadro um pouco semelhante, se debate a obrigação do fornecedor restituir ao distribuidor valores cobrados nas notas fiscais de compra e venda, sob a rubrica de fretes. O Tribunal se posicionou no seguinte sentido: a) o contrato de distribuição (concessão comercial) é celebrado entre empresários, a fim de realizar operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda; b) não há hipossuficiência das partes; c) não se verifica desequilíbrio contratual; d) considera-se a liberdade de contratar própria das relações empresariais. No caso, caracterizou-se um *venire contra factum proprium* do distribuidor, “vertente do princípio da boa-fé objetiva, norteador da relação contratual como um todo (antes, durante e após a sua execução)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1403272/RS, Relator Ministro

9 Prevê o Código Civil, no artigo 325: “Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.”

Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015). O julgado pontua, além da condição dos negociantes, as características do pacto firmado.

Porém, a condição dos contratantes serem empresários não justifica, por si só, a paridade de tratamento. É que o Tribunal da Cidadania admite, excepcionalmente, a incidência do Código de Defesa do Consumidor “nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço (consumidora), apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra.” No sucedido, uma microempresa contratou plano de saúde em benefício de quatro beneficiários e o reajuste injustificado foi considerado como quebra da boa-fé objetiva. O julgado comprova que, mesmo quando o liame é entre pessoas jurídicas, a ausência de paridade, justifica uma maior proteção estatal em prol da parte vulnerável (Superior Tribunal de Justiça, AgInt nos EDcl no AREsp 1137152/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019).

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor quando o vínculo formado entre instituição financeira e empresário é eminentemente negocial, com o escopo de captação de recursos para incremento da atividade econômica. O banco observou o princípio da boa-fé objetiva ao informar as taxas de juros mensal e anual. O voto elenca como referências, tanto a condição dos contratantes como a finalidade do negócio (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap. Cível 1002050-56.2018.8.26.0032, Relator Correia Lima, Vigésima Câmara de Direito Privado, julgado em 02/09/2019, publicado em 11/09/2019).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na análise da boa-fé e do dever de informação, entendeu válida a cláusula que impõe a assunção do passivo da empresa adquirida, inclusive em relação a débitos não conhecidos no momento da celebração, visto que a avença envolveu empresários, “homens de negócio capazes de discernir perfeitamente o conteúdo da cláusula e os riscos inerentes, com os quais anuíram.” O condição dos agentes econômicos, profissionais diligentes e os riscos do negócio foram mencionados no *decisum* (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, nº 70035921063, Quinta Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 25-08-2010).

Quando examinou a legalidade da construção de um prédio de nove andares em área onde só se admitiam residências unifamiliares, o Superior Tribunal de Justiça reputou que a condição de especialista do empresário e sua presumida astúcia especulativa seriam suficientes para afastar qualquer pretensão de boa-fé. Ou seja, a *expertise* é levada em conta para afastar a boa-fé (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 302.906/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010).

Por último, cita-se decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PESSOA JURÍDICA. JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PREPARO. DESERÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LINHA DE CRÉDITO CONCEDIDA PARA FOMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL DE BAR E MERCEARIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES. BOA-FÉ OBJETIVA. CONSENSUALISMO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS REGENTES DOS CONTRATOS. REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. I - Determinada a intimação da pessoa jurídica apelante para efetuar o recolhimento do valor referente às custas recursais e não tendo a recorrente evidenciado o preparo do recurso, deste não se conhece em relação a ela, em virtude de deserção. II - Comprovado que a instituição financeira concedeu linha de crédito à pessoa jurídica e tendo ela utilizado o capital disponibilizado para fomentar sua atividade empresarial, não se aplica ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. III - Sabe-se que as partes devem pautar suas condutas com respeito aos princípios regentes dos contratos, tais como o da obrigatoriedade, do consensualismo, da probidade, da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. IV - Inexistindo vício na manifestação de vontade, indução a erro ou qualquer fato suficientemente hábil a alterar a percepção dos apelantes quanto aos termos do contrato, sendo a avença pactuada um ato jurídico perfeito, o reconhecimento da regularidade da contratação e da cobrança efetuada pela instituição financeira autora é medida que se impõe. V - Recurso de apelação não conhecido quanto à pessoa jurídica e, em relação às pessoas físicas, conhecido e não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.026711-4/001, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2019, publicação da súmula em 08/05/2019)

O *decisum* do Tribunal mineiro tomou por base, além do *status* dos contratantes, o destino dos recursos emprestados pela instituição financeira ao empresário. Como especifica a ementa transcrita, a finalidade de “fomento de atividade comercial de bar e mercearia”, afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e recrudescer a autonomia privada.

Enfim, os casos analisados comprovam a incidência diferenciada do princípio da boa-fé, conforme as particularidades de cada caso.

5 | CONCLUSÃO

Desde o início do trabalho, dois princípios do direito contratual foram investigados: autonomia privada e boa-fé objetiva. O primeiro assegura a liberdade de contratar, escolher com quem contratar e estipular as condições do pacto. A boa-fé, contudo, impõe limites ao poder negocial, na medida em que determina o aumento dos deveres de conduta, além daqueles explicitamente estipulados pelas vontades. É o caso dos deveres de cooperação e de informação.

A existência de um regime jurídico específico para os contratos interempresariais, ligado ao princípio da livre concorrência, torna excepcional a intervenção estatal protetiva, como pôde ser observado nos julgados elencados. É certo que os tribunais aplicam a cláusula geral da boa-fé objetiva aos negócios mercantis, mas, o fazem com cautela, ao examinar a condição dos contratantes: se há uma situação de equilíbrio

jurídico, decorrente da igualdade formal-material, denota-se a não-interferência. Por sua vez, se o empresário se achar em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, a proteção mostra-se mais evidente.

Os tribunais consideram, também, o objeto definido no contrato: se ligado à atividade econômica e à finalidade de lucro, verifica-se o respeito às cláusulas acordadas, afastando a alegação de desrespeito à boa-fé. Outra circunstância relevante, é a qualidade de *expert* do empresário ou administrador, presumidamente competente para a tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como “um sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**, v. 3. 14a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Mansur de. A boa-fé objetiva nas relações empresariais: parâmetros para o controle da atividade do intérprete. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 159-186, nov.-dez. 2015.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: o caso da *Cia Nacional de Tecidos de Juta*. **Revista jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v.52, n. 3, p. 68-85, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1051065/AM, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas

Cueva; Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1403272/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1515640/SP, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 03/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1137152/SP, Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap. Cível 1002050-56.2018.8.26.0032, Relator: Correia Lima, Vigésima Câmara de Direito Privado, julgado em 02/09/2019, publicado em 11/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70035921063, Quinta Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 25-08-2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em: 06-06-1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.18.026711-4/001, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva , 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2019, publicação da súmula em 08/05/2019.

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL E A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Data de aceite: 06/05/2020

Ihgor Jean Rego

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, Brasil(2017). Advogado. Professor do Centro Universitário São Lucas, Brasil. ihgorj@gmail.com

Ana Camila Mateus

bacharel em Direito no Centro Universitário São Lucas, 2019. anacamilamateus@hotmail.com

RESUMO: O Código de Processo Civil de 2015 prevê a responsabilidade patrimonial do devedor por suas dívidas. Entretanto, a Lei n. 8009/90, que protege o único imóvel residencial da família, é exceção à regra, visto que a proteção do mínimo existencial coaduna-se com a dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais. Atualmente, surgem questionamentos acerca da possibilidade da penhora do bem do devedor quando considerado de alto valor, tendo em vista o conflito de interesses, uma vez que o credor também deve ter seu direito de receber resguardado. Este trabalho tem como objetivo entender o que é o instituto do bem de família e analisar em quais hipóteses é possível haver a penhora do bem. Este estudo consiste em uma revisão bibliográfica acerca da impenhorabilidade dos bens de família no qual se pautou nos

principais pontos referentes ao tema. A pesquisa é qualitativa e exploratória, pois busca a compreensão da regra da impenhorabilidade do bem de família. Quanto às técnicas de investigação, serão utilizadas as pesquisas bibliográficas e a pesquisa documental por meio de jurisprudências retiradas do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade, família, impenhorabilidade.

THE UNSEIZABILITY OF THE LEGAL FAMILY PROPERTY AND THE PROTECTION OF MINIMUM PATRIMONY

ABSTRACT: The 2015 Code of Civil Procedure provides for the debtor's financial liability for his debts.. However, the Law no. 8009/90, which protects the only residential property of the family, is an exception to the rule, since protection of the existential minimum stand together with the dignity of the human person, the basis of fundamental rights. At the present time, questions arise about the possibility of attachment of the property of the debtor when considered of high value, in view of the conflict of interests, since the creditor must also have the right to receive sheltered. The objective of this work is to understand what is the institute of family property and to analyze in which hypotheses it is possible to have the attachment

of the property. This study consists of a bibliographical review about the unseizability of the family property in which the main points related to the theme were based. The research is qualitative and exploratory, since it seeks the understanding of the rule of the unseizability of the family property. Concerning the investigative techniques, bibliographical and documentary research will be used through jurisprudence taken from the website of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: property, family, unseizability.

1 | INTRODUÇÃO

A moradia é um direito social fundamentado na Constituição Federal de 1988, força motriz de todo ordenamento jurídico nacional. Dada a importância na realização da dignidade da pessoa humana, esse direito é elevado a uma condição de direito fundamental, tutelado pelo texto constitucional e leis esparsas.

Prevê o ordenamento jurídico atual a impenhorabilidade do bem de família regido nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil e da Lei 8.009/90.

A Lei n. 8009/90, publicada em 29 de março de 1990, versa sobre o bem de família legal e tem o objetivo de proteger o único abrigo familiar de dívidas de natureza civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, conforme preceitua o seu art. 1º.

Ademais, vigora no ordenamento jurídico atual o princípio da responsabilidade patrimonial, ou seja, o indivíduo responde pelas dívidas contraídas com os seus bens, entretanto, o único imóvel residencial está excluído de tal regra, com exceções previstas na própria lei citada.

Não obstante a dimensão da proteção ao único bem imóvel de família, surgiram questionamentos acerca do direito do credor de receber o crédito quando o devedor tiver apenas um imóvel de alto valor, dada a colisão de direitos e princípios. Assim, se se vendesse o imóvel de alto valor, assegurando uma fração do crédito para que o devedor possa comprar um imóvel para manutenção de uma vida digna, estaria sendo descumprido o preceito constitucional?

Assim, o presente trabalho visa definir o bem de família e compreender em quais hipóteses ele será passível de penhora, além de contribuir com os debates atuais acerca da impenhorabilidade do bem de família.

2 | DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratar do tema da impenhorabilidade do bem de família, proteção pautada na dignidade da pessoa humana, é importante discorrer primeiro acerca da construção dos direitos fundamentais ao longo da história, a fim de compreender em que se baseia a proteção.

2.1 Conceito

Como pontapé inaugural, é imperioso o destaque conceitual pautado pela doutrina que, conforme Bulos (2018, p. 526), define os direitos fundamentais como sendo

o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive

Segundo Fachin (2015), pode-se afirmar que, sob a perspectiva filosófica, para a escola jusnaturalista, a ideia de direitos fundamentais parte da premissa de que o ser humano possui direitos anteriores à existência do Estado. Assim, o ser humano possui direitos somente pela condição de ser humano.

Os direitos fundamentais são “direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade do homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica” (ANDRADE apud FACHIN; 2015, p. 233).

Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser reconhecidos pelo Estado funcionando como limitadores à atuação dele perante o indivíduo. Nesse sentido, afirma J.J. Gomes Canotilho apud MORAES (2007, p. 25) que, os direitos fundamentais têm a:

função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)

Branco (2018) aduz que decorre da evolução do tempo a ideia de que, para que seja conferida maior proteção aos direitos fundamentais é necessário que esteja escrito em um documento supremo, tendo em vista o alto valor a que é atribuído aos direitos fundamentais, e afirma que “a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”. (MENDES; BRANCO, p. 135)

Essa proteção é percebida logo no preâmbulo da Constituição de 1988, quando a Assembleia Nacional Constituinte institui o Estado Democrático com a finalidade de garantir “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.

Após a publicação no ano de 1789 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os países começaram a prever em suas Constituições uma relação de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1824 estavam relacionados no art. 179 (FACHIN, 2015, p. 233).

Na Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais estão elencados no Título II, “subdividindo-se em direitos individuais e coletivos; direitos sociais;

nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos” (MORAES, 2007, p. 26).

De acordo com Fachin (2015, p. 231), a doutrina confere à nomenclatura “direitos fundamentais” outras denominações, são elas: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da pessoa humana, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais”.

Isso posto, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como, direitos básicos inerentes ao homem, positivados no documento maior do Estado, e que servem como limitadores do poder de atuação do Estado perante os indivíduos, funcionando como mecanismo de defesa, razão pela qual devem ser tutelados.

2.2 Historicidade

Os direitos fundamentais são fruto da evolução histórica, surgindo no decorrer da história e em diferentes épocas como instrumentos que auxiliaram na construção e na concepção de direitos fundamentais. Pode-se dizer que a Inglaterra é o berço de onde nasceram os direitos de maior valor para o ser humano.

Nesse sentido, Fachin (2015) considera a Inglaterra como a “pátria da liberdade”, e cita como principais documentos, que tiveram a finalidade de tutelar os direitos mais relevantes para o ser humano: a Magna Carta (1215), a Petição de Direitos (1628), a Lei do Habeas Corpus (1679) e a Declaração de Direitos (1689).

No século XVIII, foi editada a Declaração de Direitos do Bom Povo De Virgínia, do ano de 1776, documento que reconheceu expressamente a proteção aos direitos fundamentais.

Segundo Branco (2018, p. 136), foi com a Declaração de Direitos do Bom Povo De Virgínia que se deu “a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que as normas jurídicas obrigatórias”.

As transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais também pode ser analisada sob a perspectiva das dimensões. Segundo Ingo Sarlet, as dimensões são comumente divididas em três, contudo há doutrinas que tratam sobre uma quarta, quinta e até sexta dimensão.

2.2.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Quanto à terminologia, a doutrina diverge no que tange o uso dos termos dimensão ou geração. Consoante Sarlet (2013), o uso da terminologia geração implica na ideia equivocada de que há uma substituição de uma geração por outra geração, enquanto que a palavra dimensão reconhece a cumulação dos direitos conquistados.

Nesse mesmo sentido, Fachin (2015, p. 223) considera mais adequado o termo dimensão porque “representam acréscimo aos direitos das dimensões precedentes, com estes interagirem, e todos coexistem harmoniosamente”.

Dessa forma, o surgimento de outros direitos considerados de maior relevo não destituiu os direitos conquistados no passado, mas sim acrescentados aos novos.

Os direitos de 1ª Dimensão relacionam-se às liberdades dos indivíduos, exigia-se do Estado um não fazer, que ele não interviesse na seara pessoal. São direitos do ser humano face ao Estado, são os direitos à liberdade, liberdade de pensamento, liberdade física, garantida pelo habeas corpus, direito à propriedade.

Os direitos de 2ª Dimensão estão ligados aos direitos sociais. Aqui se exige do Estado a prestação positiva, ou seja, que o Estado atue visando beneficiar o cidadão. Afirma Bulos (2018, p. 529) que os direitos de 2ª Dimensão “visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem”.

Os direitos de 3ª Dimensão referem-se à fraternidade, compreendem os direitos difusos, preocupa-se com a coletividade. São eles, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao patrimônio comum.

Percebe-se que à medida que a sociedade evoluía surgiam direitos que eram considerados mais importantes em determinadas épocas. Os direitos de 1ª Dimensão possuem um enfoque maior no homem considerado individualmente, a tutela da liberdade individual. Já os direitos de 2ª Dimensão estão atrelados à igualdade, pois reivindicam prestações positivas do Estado a fim de garantir a justiça social. Os direitos de 3ª Dimensão atingem a toda a coletividade de forma indistinta, um exemplo claro é a proteção ao meio ambiente, prevista no art. 225 da CF/88.

2.3 Direito fundamental à propriedade

O direito à propriedade faz parte dos direitos de 1ª Dimensão, portanto exige do Estado a não interferência à autonomia pessoal. Está previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

Também tem previsão no Código Civil de 2002, no art. 1228 e trata-se de um direito real oponível a todos. Pelo direito de propriedade, o indivíduo possui a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, conforme abaixo:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Fachin (2015, p. 284) assevera que “a propriedade privada é um bem jurídico essencial à subsistência das pessoas”. Contudo, a própria Constituição da República reconhece que esse direito não é absoluto e que existem limitações ao direito de propriedade como em casos de desapropriação, requisição e expropriação.

2.3.1 Função social da propriedade

A exigência da função social está amparada no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal que dispõe que a “propriedade atenderá a sua função social”. A função social é a finalidade dada ao bem, ou seja, o bem deve servir a alguma destinação.

O termo função social encontra-se expresso nos arts. 170; 182, §2º, e no caput do art. 186, todos da CF/88. Segundo Bulos (2018, p. 628), o legislador usou várias vezes a expressão função social para ressaltar “que a propriedade não é mero direito privado, e sim uma instituição voltada ao cumprimento de uma função social”.

Nesta senda, percebe-se que a função social é uma limitação que veda ao proprietário o uso da propriedade em prejuízo do desenvolvimento e do bem estar de todos, deve o bem, portanto, cumprir a finalidade a que se destina.

2.4 Direito fundamental à moradia

Os direitos sociais são aqueles que exigem do Estado uma obrigação de fazer, a denominada prestação positiva com o fim de garantir a melhoria das condições de vida dos cidadãos.

O direito à moradia é um direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido por meio de Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.

SARLET (2013, p. 601) destaca que o direito social à moradia engloba as duas funções dos direitos fundamentais, função da prestação negativa do Estado, ou seja, que o cidadão não seja tolhido do seu direito, seja pelo Estado ou por terceiros, e uma prestação positiva, o Estado deve atuar visando garantir o direito à moradia para as pessoas, conforme abaixo:

Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família

O direito à moradia decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo objetivo é garantir o mínimo de recursos para ter uma vida digna.

3 | DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

3.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui o núcleo fundamental da Constituição Federal brasileira, expresso no art. 1º, III. É o valor que norteia as normas do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana tem a função

de princípio basilar das normas.

Tartuce (2014, p. 6) afirma que a dignidade da pessoa humana “trata-se daquilo que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios”.

Todavia, não é simples conceituar o princípio da dignidade humana, trata-se de um conceito abstrato do qual decorrem interpretações diferentes, mas sempre com vistas a proteger o ser humano.

Nesse entendimento afirma Neto (2010, p. 62):

que uma das maiores dificuldades em se construir a noção jurídica de dignidade da pessoa humana está precisamente em que se trata de um valor em geral utilizado para a identificação do homem como tal, o que a faz vaga e mais difícil de ser aprisionada nos contornos de uma definição jurídica.

A construção da concepção de dignidade humana é produto da evolução do pensamento humano. Correntes filosóficas contribuíram para a formação da ideia de uma dignidade intrínseca ao ser humano.

A doutrina também considera que o Cristianismo exerceu grande influência para o reconhecimento da dignidade do ser humano, em razão da crença de que o homem é a imagem e semelhança de Deus, de acordo com Branco (2018, p. 136) o:

cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana é compreendida como o princípio norteador, valor supremo, aos quais as normas do ordenamento jurídico devem submeter-se. Todas as regras existentes devem ser interpretadas à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana, ou seja, com o escopo de proteger o ser humano.

3.2 Do mínimo existencial

Para Tartuce (2014) o ramo do Direito Privado em que mais se aplica a dignidade da pessoa humana é no Direito de Família, e cita como exemplo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que aplica a regra da impenhorabilidade do bem de família ao imóvel das pessoas solteiras, conforme a súmula n. 364, tendo em vista que a pessoa pelo mero fato de viver só não pode estar desamparada.

A regra da proteção ao mínimo existencial busca assegurar que a pessoa possa viver com o mínimo de recursos e com a mínima dignidade. O exemplo que permite visualizar mais claramente no ordenamento jurídico é a proteção do bem de família, sendo o imóvel residencial em que abriga a família.

Entretanto, jurisprudência dos Tribunais superiores já firmou o entendimento de

que a proteção também recai sobre o imóvel o locado que serve como única fonte de renda da família, tema abordado em tópico mais à frente.

Fato é que não há dúvidas quanto à finalidade da tutela, que é assegurar o básico para se viver e conseqüentemente ter uma vida digna.

A proteção ao mínimo existencial tem respaldo na dignidade da pessoa humana, princípio de proteção máxima do ser humano. Consoante esse entendimento, é a afirmação de Gonçalves (2014, p. 193) sobre a proteção ao patrimônio de que essa “tutela jurídica deve ter como escopo precípua a dignidade da pessoa humana”.

Conforme já tratado em tópico anterior, o direito de propriedade e o direito à moradia são direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pleiteiam do Estado prestações negativas e prestações positivas. A prestação positiva pode se dar por meio de legislações de cunho protetivo, conforme aduz Neto (2010, p. 101):

A viabilização regular da dignidade da pessoa humana se faz por meio dos direitos fundamentais, em sua vertente de defesa, de eficácia sempre direta, e em sua vertente de proteção contra terceiros e de garantia de prestações materiais essenciais, que necessitam da ação positiva do Estado, seja mediante prestações normativas, seja por prestações fáticas.

Desse modo, a Lei n. 8009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família legal, é um exemplo de prestação positiva do Estado, tendo em vista a finalidade de proteger o imóvel residencial da família. Nota-se que a tutela está em consonância com os direitos fundamentais, quais sejam direito à propriedade e direito à moradia, previstos na Constituição Federal cujo embasamento é a dignidade da pessoa humana.

4 | DO BEM DE FAMÍLIA

4.1 Definição de bem

Para Farias e Rosenvald (2014), a doutrina não é pacífica quanto à diferenciação entre bens e coisas, razão pela qual existem diversas teorias para conceituar estes termos.

Segundo Fiúza (2011, p. 183) “coisas e bens são palavras que se confundem no linguajar corriqueiro, mesmo na técnica jurídica”. A confusão é justificada em razão do Código Civil de 1916 utilizar as palavras sem diferenciá-las.

O termo coisa é empregado em seu sentido amplo do qual Bem é a espécie. Os bens são coisas úteis para o ser humano que possuem valor econômico e podem ser apropriadas. (GONÇALVES, 2015, p. 280). Mas nem todo bem é coisa, como os bens jurídicos, por exemplo, a vida, a liberdade. (FIUZA, 2011, p. 183).

De acordo com Gonçalves (2015, p. 281) “os romanos faziam a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos”. Contudo, essa distinção não foi adotada pela legislação brasileira por ser considerada genérica e inexata

Afirma o doutrinador Gonçalves (2015, p. 282) que:

Bens corpóreos são os que têm existência física, material e podem ser tangidos pelo homem. Incorpóreos são os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como o direito autoral, o crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc. São criações da mente reconhecidas pela ordem jurídica.

Conforme Farias e Rosenvald (2012, p. 486) “bens jurídicos são aqueles que podem servir como objeto de relações jurídicas. São, nesse passo, as utilidades materiais ou imateriais que podem ser objeto de direitos subjetivos”.

Em suma, os bens são as coisas tangíveis ou intangíveis, objetos de uma relação jurídica, que possuem utilidade para o homem, de valor econômico e suscetíveis de apropriação.

4.2 Conceito de bem de família

O conceito de bem de família distingue-se dos bens comuns, ou seja, daqueles considerados comercializados os quais pode-se comprar, vender, trocar, doar, dar, alugar, emprestar, etc. No caso dos bens de família, estes estão em um capítulo especial do código civil e suas regras são disciplinadas na Lei n. 8.009/1990. Para conceituar esses bens, nos valem dos ensinamentos de LOBO (2018, p. 289):

Bem de família é o imóvel destinado à moradia da família do devedor, com os bens móveis que o garantem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor. O bem ou os bens que integram o bem de família ficam afetados à finalidade de proteção da entidade familiar.

Como se observa, existe uma proteção aos bens de família, sendo esta advinda dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção ao mínimo existencial e ao resguardo da moradia. Importante frisar, de acordo com Tartuce (2013), que essa proteção é em relação à residência da entidade familiar, que pode ser formada pelos vários tipos de união que compõem a realidade social contemporânea, que pode ser “decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica”.

Não é bastante ressaltar que a Lei n. 8.009/1990 buscou proteger o bem de família legal, conforme já dito, é aquele que resguarda a moradia da família, que busca os fins constitucionais de proteger não o patrimônio em si, mas a moradia do ser humano, intrínseco aos direitos fundamentais previsto desde a primeira da dimensão.

4.2 Breve histórico do bem de família

O surgimento do bem de família se deu no século XIX, no ano de 1839 no Estado do Texas nos Estados Unidos, em razão da crise econômica daquele ano, foi criada a lei homestead act, que impedia a penhora de pequena propriedade rural se esta fosse utilizada para moradia do devedor (GONÇALVES, 2014).

De acordo com Farias e Rosenvald (2012, p. 526):

Muito embora na Antiga Roma já estivesse consagrado o princípio da inalienabilidade dos bens que compunham o patrimônio familiar, foi na República do Texas, antes de sua incorporação aos Estados Unidos da América, que, em 1839, descortinou-se o instituto do bem de família. Através do Homestead Exemption Act, foi conferida proteção especial ao domicílio das famílias, salvaguardando-o das crises econômicas e incentivando a fixação do homem às inóspitas terras texanas, com vistas a torna-las produtivas

Para os doutrinadores Rosenvald e Farias (2014), a isenção da penhora do *homestead* foi a característica mais importante deste instituto.

A impenhorabilidade do bem que serve como moradia à família também foi adotada em outros países como: Suíça, Argentina, Espanha, França, Chile, Portugal, México e Venezuela (GONÇALVES, 2014; FARIAS e ROSENVALD, 2014).

4.2.1 O instituto do bem de família no Brasil

A matéria do bem de família estava prevista na Parte Geral do Código Civil de 1916 nos arts. 70 a 73 e foi deslocado para o Livro de Direito de Família do Código atual.

O instituto do bem de família foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, que dele cuidava em quatro artigos (70 a 73), no Livro II, intitulado 'Dos Bens'.

Depois, em 1990, adveio a Lei n. 8.009/90 que dispõe sobre o bem de família legal (GONÇALVES, 2014). Para Álvaro Villaça Azevedo (1999) apud Carlos Gonçalves (2014, p. 193) “nessa lei emergencial não fica a família à mercê da proteção, por seus integrantes, mas defendida pelo Estado de que é fundamento”.

Assim, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro as duas formas do bem de família: a) convencional, previsto no Código Civil de 2002; b) legal, regido pela Lei n. 8.009/90.

5 | LEI 8.009/1990

5.1 Finalidade

A Lei nº 8.009 de 1990 visa resguardar o bem de família, instituto que foi consagrado no texto constitucional em consonância com os direitos fundamentais da sociedade. Essa lei dispõe sobre a impenhorabilidade desses bens, a fim de defender

a entidade familiar, todavia, essa norma também trata das exceções que podem ser aplicadas a esses imóveis.

Esse instituto é tratado pela doutrina como bem de família legal (GONÇALVES, 2014). Para Álvaro Villaça Azevedo (1999) apud Gonçalves (2014, p. 193) “nessa lei emergencial não fica a família à mercê da proteção, por seus integrantes, mas defendida pelo Estado de que é fundamento”. Em termos gerais, pode-se dizer que o bem de família legal é aquele instituído por lei.

O resguardo dos bens de família por meio da lei nº 8.009/1990 buscou institucionalizar e alastrar as regras disposta no código civil, conforme assevera Gonçalves (2009, p. 535):

A Lei n. 8.009/1990, veio ampliar o conceito de bem de família, que não depende mais da instituição voluntária, mediante as formalidades previstas no Código Civil. Agora, como foi dito, resulta ele diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, que não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 2º e 3º, I a VII (fiança em contrato de locação, pensão alimentícia, impostos e taxas que recaem sobre o imóvel etc.).

Assim como anotado pelo legislador federal, o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por dívidas contraídas pelo casal, pais ou filhos, que sejam os proprietários do imóvel ou que nele residam. Ou seja, mais uma vez destaca-se a vontade em proteger o bem estar e a dignidade da família.

Não obstante, o mesmo diploma legal trouxe algumas exceções quanto à impenhorabilidade do bem, conforme se vislumbra no artigo segundo que exclui dessa cobertura os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. O parágrafo único salienta que, conforme delineia Gonçalves (2009, p. 537), os bens locados que guarnecem a residência são velados da penhora, contudo, esses imóveis devem estar quitados, “para evitar que alguém adquira, mediante financiamento, móveis e equipamentos para a residência imbuídos de má-fé, com a intenção dolosa de não paga-los”.

Destaca-se ainda o art. 3º e seus incisos que por seu turno apresentam as hipóteses em que um devedor pode ter seus bens penhorados. Conforme abaixo:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada

pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos. (Incluído pela Medida Provisória nº 871, de 2019).

Conforme entendimento do STJ no REsp. 1.299.58/RJ, 3º turma, a impenhorabilidade não deve permanecer diante da má-fé do devedor, no qual este se utiliza das premissas da Lei 8.009/1990 e aliena todos os seus bens, fazendo-se restar apenas o imóvel de sua residência, neste caso, o credor não poderá ser prejudicado, pois violaria outros direitos garantidos pelo texto constitucional.

Destaca-se também a exceção contida no art. 4º da lei em comento, no qual o beneficiário pela impenhorabilidade, na condição de insolvente, não pode ser valer dessa prerrogativa para adquirir bem de família mais valioso a fim de concentrar o seu patrimônio neste imóvel e, desta feita, não cumprir com suas obrigações junto aos credores, conforme assevera Didier, et. al. (2017).

Posto isso, verifica-se que a finalidade da Lei 8.009/1990 é resguardar o imóvel residencial da entidade familiar a fim de cumprir com os pressupostos esculpidos na Constituição Federal, qual seja, os direitos fundamentais que se desdobram na dignidade da pessoa humana e a proteção ao mínimo existencial, tópicos já tratados neste artigo.

4.2. Destinatários da impenhorabilidade do bem de família

O art. 1º da Lei n. 8.009/90 refere-se à impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, porém, este conceito deve ser interpretado teleologicamente de maneira a integrar qualquer pessoa da sociedade, pois o conceito de família foi se amoldando no decorrer dos anos e a aplicação do direito ao caso concreto precisa considerar essas mudanças sociais.

Para corroborar com o entendimento acima, colaciona-se os dizeres de Dias (2017, p. 381/382):

(...) apesar de a expressão “bem de família” dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a justiça a reconhecer que é um instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, morando ou não sozinho. (...)

O sentido e alcance da norma vêm se modificando paulatinamente, em grande parte por obra da jurisprudência, que percebeu que a finalidade da lei ao deparar com casos que refletiam grandes injustiças, como o de pessoas viúvas, separadas

e mesmo solteiras que perdiam sua única moradia porque, tecnicamente, não poderiam ser equiparadas à família.

Nesse mesmo sentido caminha a Súmula 364/STJ no qual diz que “o conceito de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Assim, percebe-se que a citada lei não exclui as famílias monoparentais, conforme defende Gonçalves (2014).

Diante disso, não pairam dúvidas quanto à abrangência dos destinatários resguardados pela impenhorabilidade do bem de família, pois o que está em voga não é a interpretação gramatical da lei, mas sim a teleológica, pois é pacífico na doutrina e jurisprudência que todos devem ter sua residência protegida dos possíveis efeitos de uma penhora, pois conforme ensina Tartuce e Sartori (2014, p. 188), conclui-se que “o escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.”, assim, “são protegidas pela lei as pessoas solteiras, separadas, viúvas”.

Por derradeiro, dada à importância social do tema, Dias (2013), diz que fere o princípio da igualdade deixar que a lei defina o conceito de família, pois na sociedade atual existem diversos tipos que são formadas por apenas um dos genitores, ou nenhum, aglutinações de famílias, pessoas solteiras que decidem adotar uma criança e por uniões homoafetivas. Assim, é questão de justiça a extensão do conceito de família a todas as uniões formadas na sociedade contemporânea.

4.3 Jurisprudências aplicadas à impenhorabilidade dos bens de família

Assim como vários institutos do direito, a impenhorabilidade do bem de família é discutida no âmbito jurisprudencial, no qual, muitas vezes, atribui outra interpretação ao sentido literal da norma jurídica. A jurisprudência é fonte secundária do direito que é conceituada por Soares (2017, p. 75), da seguinte forma:

Entende-se por jurisprudência aquela fonte formal e estatal do direito que expressa o conjunto das decisões reiteradas de juízes e tribunais, as quais formam um padrão interpretativo capaz de inspirar a realização de futuros julgamentos sobre casos similares. A jurisprudência pode ser considerada um verdadeiro costume e produzido pelo Poder Judiciário (usus fori).

Caso 01.

A impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90 não pode ser oposta ao credor de pensão alimentícia decorrente de vínculo familiar ou de ato ilícito. (REsp 1186225/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 13/09/2012).

O caso em tela trata-se da possibilidade de penhora de um único bem de família. A decisão foi a favor da penhora de 50% do imóvel do motorista que causou a morte do filho da autora da ação. Segundo a mãe, o filho era provedor da casa, e com a morte deste a subsistência familiar ficou comprometida. O relator do caso,

Ministro Massami Uyeda, utilizou-se da seguinte fundamentação: “foi imposta pensão alimentícia em razão da prática de ato ilícito — acidente de trânsito —, ensejando-se o reconhecimento de que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível à credora da pensão alimentícia”.

Depreende-se então, que a prática de ato ilícito poderá ensejar a penhora de um único bem de família, tendo em vista que este ato atingiu outro bem jurídico tutelado pelo direito pátrio.

Caso 02.

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família (Súmula 486/STJ) (AgRg no AREsp 422729/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 04/09/2014).

O STJ julgou improcedente o presente agravo regimental em recuso especial, uma vez que o recorrente não conseguiu provar no tribunal de origem que a renda obtida com a locação do imóvel era necessária para a subsistência ou a moradia da família.

Diante disso, é pacífico o entendimento de que só será impenhorável o imóvel locado caso este seja imprescindível para guarnecer o sustento familiar.

Caso 03.

A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora. (Súmula 449/STJ) (AgRg no AREsp 683843/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015).

No agravo regimental ao recurso especial o recorrente alegou que a garagem é parte integrante do imóvel e não poderia ser separada dos apartamentos e ainda arguiu que o objeto em litígio só poderia ser transferido para outro condômino. Assim, requereu a impenhorabilidade do bem. Contudo, essa matéria é pacificada no âmbito dos tribunais, conforme Súmula 449/STJ, que diz que “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Diante disso, foi negado o provimento ao agravo regimental e concluído pela legalidade da penhora da garagem com matrícula própria.

Caso 04.

Possibilidade da penhora de bem de família dado como garantia fiduciária. (EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.560.562 - SC (2015/0254708-7). Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 16/05/2019).

A jurisprudência colacionada foi motivada em razão dos embargos de declaração em recurso especial, no qual a terceira turma do STJ negou o provimento ao recurso dos devedores, uma vez que estes deram como garantia um bem de família e após a conclusão do negócio jurídico, propuseram ação em busca da declaração da

nulidade da alienação, por se tratar de um bem de família protegido pelo instituto da impenhorabilidade. Todavia, no recurso especial que deu azo aos embargos de declaração, a Ministra Nancy Andrighi se manifestou nos seguintes termos:

(...) Afinal, não se pode olvidar da máxima de que a nenhum é dado beneficiar-se de sua própria torpeza, isto é, não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnano pela sua exclusão. A corroborar com tal raciocínio, tem-se também a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Este entendimento conduz à conclusão de que, mesmo sendo impenhorável o bem de família, ainda que indicado à penhora pelo próprio devedor, não há que ser a mesma anulada em caso de ma-fé calcada em comportamentos contraditórios deste.

Como visto, a entrega de um bem de família como garantia fiduciária não encontra amparo na Lei nº 8.009/1990, portanto, não há óbice quanto à penhora de um bem familiar nesses termos, em vista ao resguardo do princípio da boa-fé e da vedação ao comportamento contraditório.

Caso 05.

O fato do terreno encontrar-se desocupado ou não edificado são circunstâncias que sozinhas não obstam a qualificação do imóvel como bem de família, devendo ser perquirida, caso a caso, a finalidade a este atribuída. (REsp 1417629/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013).

O recurso especial foi manejado em razão da rejeição da arguição da nulidade referente à penhora de um terreno que era utilizado para estacionamento de veículos, cujo espólio, autor da ação, alegava que tal imóvel se tratava de bem de família. O recurso negado foi o agravo de instrumento no qual o TJ/SP fundamentou a negativa no sentido de que não havia edificação no terreno, assim não se amoldando ao art. 1º da Lei nº 8.009/1990. Não obstante, a Ministra Nancy Andrighi se manifestou nos seguintes dizeres:

(...) Vale dizer, embora nua a terra, é possível considerá-la impenhorável se comprovado que a família tem a intenção concreta de nela se instalar – por exemplo, se houver um projeto de construção, compra de materiais e o início da obra – ou, ainda, se demonstrado, como admite a jurisprudência, que a renda obtida com a sua locação se reverte para a manutenção, em outro local, do asilo da família (...) Todavia, no particular, segundo o TJ/SP, o recorrente não logrou êxito em demonstrar que o imóvel está afetado à subsistência da família, nos termos da Lei 8.009/90, conclusão essa da qual não se pode afastar no julgamento do especial, sem o vedado revolvimento do contexto fático-probatório (súm. 07/STJ).

No caso em tela, foi negado o provimento do recurso em vista do autor da ação não ter provado nos autos que a renda obtida com a locação do imóvel era impreterível para a subsistência familiar.

Com efeito, a jurisprudência assumiu papel de relevante importância na aplicação do direito ao caso concreto moldando a aplicação da lei em conformidade

às peculiaridades do caso, servindo como baliza interpretativa para casos análogos.

4.4 Impenhorabilidade de imóveis de alto valor

Um tema que merece destaque acerca da impenhorabilidade dos bens de família são os imóveis de alto valor, ou seja, aqueles considerados luxuosos e que vão além da moradia média de uma determinada sociedade.

Esse tema é discutido na doutrina como também na jurisprudência, pois se trata do resguardo do direito do devedor em ter seu bem de família protegido e por outro viés, do direito do credor em haver os seus créditos.

Não é demasiado rememorar que no art. 1º da Lei nº 8.009/1990 o legislador não fez qualquer restrição aos valores dos bens que seriam protegidos pela norma, bem como não há estipulação de valores nas exceções previstas no art. 3º.

Nesse sentido, em 2014, Tartuce, p. 550, fez a seguinte explanação:

Consigne que o STJ tem entendimento reiterado, segundo o qual é irrelevante o valor do bem para a devida proteção. Todavia, conclui-se pela possibilidade da penhora parcial de imóvel em casos de bem de alto valor, desde que possível o seu desdobramento. Por todas as decisões, transcreve-se a seguinte, publicada no informativo n. 455 daquele Tribunal Superior:

“Bem de família. Elevado valor. Impenhorabilidade. A Turma, entre outras questões reiterou que é possível a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família quando for possível o desmembramento sem que, com isso, ele se descaracterize (...) Precedentes citados: REsp 326.171-GO, DJ 22/10/2001; REsp 139.010-SP, DJ 20/05/2002, e REsp 715.259-SP, DJe 9/9/2010” (STJ, REsp. 1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.11.2010).

Não obstante, em 2016 o STJ mudou o entendimento quanto à relativização do bem de família e por meio do Recurso especial nº 1.351.571-SP (2012/0226735-9), decidiu que o imóvel de alto valor deve ser resguardado a fim de cumprir com a função social da propriedade, conforme abaixo:

5. A variável concernente ao valor do bem, seja perante o mercado imobiliário, o Fisco, ou ainda, com amparo na subjetividade do julgador, não afasta a razão preponderante justificadora da garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador pelo regime da Lei no 8.009/90, qual seja, proteger a família, garantindo-lhe o patrimônio mínimo para sua residência.

6. Na hipótese, não se afigura viável que, para a satisfação do crédito, o exequente promova a penhora, total, parcial ou de percentual sobre o preço do único imóvel residencial no qual comprovadamente reside a executada e sua família, pois além da lei 8009/90 não ter previsto ressalva ou regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem, questões afetas ao que é considerado luxo, grandiosidade, alto valor estão no campo nebuloso da subjetividade e da ausência de parâmetro legal ou margem de valoração.

No que tange a essa temática, é importante debruçar atenção a uma possível fraude contra credores, pois, conforme assevera Lobo (2018), essa fraude fica caracterizada quando o devedor, sabendo de sua insolvência, adquire bem de maior

valor e o transfere como bem familiar para assim não ficar obrigado a cumprir com a obrigação junto ao credor. Assim, fica a cargo do juiz, ao analisar o caso concreto, levar em consideração essas situações a fim de alcançar a eficácia nos processos aplicando a justiça nos moldes constitucionais.

6 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

Nota-se que os doutrinadores que serviram de base para esta pesquisa convergem no entendimento de que a impenhorabilidade do bem de família legal coaduna-se com a proteção ao patrimônio mínimo, tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência aqui colacionada, no que tange à extensão da proteção ao imóvel residencial da pessoa solteira, bem como do alargamento da tutela ao único imóvel locado fonte de renda da família, está em consonância com a proteção máxima concedida ao homem.

Saliente-se que, conforme visto, estão excluídos da regra, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, pois foge do que é considerado mínimo para viver de forma digna.

Na hipótese, a própria Lei n. 8009/90 trata das exceções legais, com destaque aqui a impossibilidade de opor a impenhorabilidade em processo de execução alimentícia, pois, nesse caso, o direito do exequente de receber alimentos é que deve prevalecer.

Por fim, no tocante aos imóveis de alto valor, questão polêmica no âmbito jurisprudencial, restou reconhecida (até aqui) a aplicação da impenhorabilidade, uma vez que a lei não fez distinção quanto aos valores do imóvel a serem abarcados pela proteção.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, verifica-se que a impenhorabilidade do bem de família encontra amparo na proteção do mínimo existencial fundamentado na dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, princípio que norteia a feitura e a interpretação das normas, busca proteger o homem de qualquer abuso, seja por parte do Estado ou de particulares.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à propriedade e o direito à moradia como direitos fundamentais. Com efeito, garantir os direitos fundamentais é assegurar a existência digna do cidadão, de modo que não há como viver com o mínimo de dignidade sem que o Estado preserve recursos que concretizem essa existência.

Assim, não pairam dúvidas de que o cerne da Lei n. 8009/90 é de proteger o bem

da vida, bem preservado pela proteção ao patrimônio mínimo e a dignidade da pessoa humana, alcançando, inclusive, a máxima proteção aos bens móveis que guarnecem a casa, ressalvados os bens suntuosos, visto que, não são considerados essenciais para uma vida digna.

No âmbito jurisprudencial, constata-se que o entendimento corrobora com a proteção do mínimo existencial, dado aos tribunais já proferiram decisão protegendo a residência da pessoa solteira e o imóvel locado cujo rendimento é revertido para subsistência das pessoas. Ainda na seara jurisprudencial, quanto aos bens de alto valor, entende que se aplica a impenhorabilidade, pois a Lei não distinguiu os valores dos imóveis que são abarcados pela proteção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em 15 de maio de 2019

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 15 de maio de 2019

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 12. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR., Fredie. et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forence, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias**. Bahia: JusPODIVM, 2014.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, volume 5: famílias**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: São Paulo, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos da teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STJ. **Jurisprudência em teses**. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, vol. 5: direito de família**. São Paulo: MÉTODO, 2013.

TARTUCE, Fernanda; SARTORI, Fernando. **Como se preparar para o exame de Ordem, 1ª fase: Civil**. São Paulo: MÉTODO, 2014.

AS SENZALAS DA MODERNIDADE: O DESEMPENHO DO TRABALHO DOMÉSTICO FRENTE AO DESRESPEITO AOS PRECEITOS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Data de submissão: 28/02/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Ana Caroline Lima Melo

Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio de Castanhal
Castanhal-Pará
<http://lattes.cnpq.br/4062155737174727>

Angélica Maria Lins dos Santos

Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Advogada. Docente de Ensino Superior da Faculdade Estácio de Castanhal
Castanhal-Pará
<http://lattes.cnpq.br/6951777351950533>

RESUMO: O presente estudo propõe-se a examinar de forma objetiva e sintética as condições de desempenho do trabalho doméstico ao longo da história e sua situação frente ao atual cenário jurídico brasileiro. O objetivo geral concentra-se, portanto, em evidenciar, por meio da presente pesquisa, a (in)existência do emprego doméstico em condições análogas à escravidão. No que tange ao objetivo específico, busca-se averiguar alguns dos principais prejuízos que podem ser gerados ao empregado que labora sob essas circunstâncias e quais fatores auxiliam essa problemática. Dessa forma, a temática

abordada nesta pesquisa científica demonstra ser de grande relevância, uma vez que o problema analisado neste estudo é identificável nos mais diversos lares, apesar de existir no ordenamento jurídico moderno um vasto corpo normativo que veda a persistência de relações de trabalho fora dos ditames legais. Conclui-se, a partir do presente estudo, que apesar do inestimável valor do desenvolvimento na regulamentação jurídica da presente relação de emprego, este não é fator capaz de evitar a persistência de relações laborais em âmbito doméstico em situação análoga à escravidão, o que demonstra a necessidade de se buscar ações que visem sensibilizar a todos sobre a temática tratada, além da necessidade de efetuar denúncias sempre que identificadas tais situações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Trabalho escravo. Empregados domésticos.

THE SENZALES OF MODERNITY: THE PERFORMANCE OF HOUSEHOLD CHORES IN FRONT OF THE DISRESPECT TO THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This present study aims to examine objectively and synthetically the performance conditions of household chores throughout history and its situation in the current Brazilian legal scenario. The general objective

is, therefore, to highlight, through this present research, the (in) existence of household chores in similar conditions to slavery. With regard to the specific objective, we seek to ascertain some of the main losses that can be generated to the employee who works under those circumstances and what factors help that problem. Thus, the theme addressed in this scientific research proves to be of great relevance, since the problem analyzed in this study is identifiable in the most diverse homes, despite the existence of a vast normative body in the modern legal system that prohibits the persistence of work relationships outside legal dictates. It is concluded, from the present study, that despite the inestimable value of the development in the legal regulation of the present household employment relationship, this is not a factor capable of avoiding the persistence of household labor relations in analogous situation to slavery, which demonstrates the need to seek actions that aim to raise awareness of all about the topic addressed, in addition to the need to make complaints whenever such work situations are identified.

KEYWORDS: Human rights. Slavery. Domestic workers.

1 | INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica busca averiguar a (in)existência de trabalho doméstico em condições análogas à escravidão, apreciando que a existência de tal condição representaria afronta aos preceitos esculpidos pelos Direitos Humanos.

A pesquisa se justifica em razão de ser notória e alarmante a existência da exploração de trabalho, em âmbito doméstico, assemelhado ao regime de escravidão, no século XXI, bem como por ser um problema que se apresenta de maneira silenciosa em diversos lares, demonstrando a necessidade de se dialogar sobre o tema, uma vez que tal prática acarreta graves prejuízos à classe dos empregados.

Diante disso, o problema de pesquisa se desenvolve a partir do seguinte questionamento: é possível aferir, no cenário atual, a existência de trabalho em condições análogas à escravidão em âmbito doméstico? Com isso, buscou-se evidenciar questões norteadoras, tais como: houve avanços no cenário legislativo no objetivo de reprimir tais práticas? Quais fatores influenciam a persistência da sujeição dos trabalhadores a laborar em condições degradantes? Em linhas gerais, quais prejuízos podem ser gerados aos trabalhadores?

Assim, objetivo geral é analisar a (in)existência do desempenho de emprego doméstico em situação análoga à escravidão. Quanto aos objetivos específicos, busca-se examinar os prejuízos que podem ser gerados à classe dos trabalhadores que desempenham a sua função laboral de forma indigna, bem como identificar os motivos que fomentam a permanência dessas condições de trabalho no atual cenário de pós-abolição da escravidão formal.

Trata-se, dessa forma, de uma pesquisa de cunho exploratório, no que tange a sua classificação quanto a seus objetivos. A pesquisa bibliográfica se estrutura na

busca de informações que auxiliem a base teórica do presente estudo.

No transcorrer da presente pesquisa, demonstrar-se-á uma síntese objetiva, retrospectiva e histórica do trabalho escravo ao longo dos séculos, bem como o desenvolvimento das normas regulamentadoras das relações laborais, o trabalho doméstico em situação análoga à escravidão e alguns dispositivos jurídicos de direitos humanos que tratam da temática em questão.

2 | TRABALHO ESCRAVO

Em meados do século XVI, o Brasil viveu um período de notória exploração do trabalho escravo, o qual era visto com normalidade, em razão das relações hierárquicas, que eram marcantes naquela época e que, em tese, justificavam a necessidade de subordinação nas relações laborais.

Tais relações permitiam, inclusive, que a classe nobre efetuasse a venda e/ou troca de escravos, equiparando-os a um objeto, em razão do seu poder sobre eles, uma vez que sequer eram considerados como seres humanos dotados de dignidade e poder financeiro suficiente para dispor das mesmas regalias que os detentores de capital. Fator este que determinava que trabalhassem em jornada exaustiva, de forma indigna e extremamente degradante, além de serem alvos de fortes agressões sempre que desrespeitassem às ordens das pessoas ditas como os seus “donos”.

Não obstante, no período marcado pela servidão medieval, os nobres assenhoreavam os escravos em troca de ofertar-lhes alojamento, alimentação e proteção, coisificando-os.

Durante o século XVI, vasta parcela dos trabalhos desenvolvidos no interior dos domicílios era desempenhada por escravos, os quais tornaram-se mão-de-obra indispensável nos lares da elite (ALGRANTI *apud* PEREIRA, 2011).

No decorrer dos anos, é aprovada, na segunda metade do século XIX, mais especificamente em 1888, a Lei Imperial nº 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, intitulada como Lei Áurea, que declarou abolida a escravidão no Brasil. Momento histórico este, que apesar de ser alvo de críticas pela falta de apoio aos escravos após a sua entrada em vigor, demonstra um fato que colaborou com a mudança do olhar no tratamento dos trabalhadores hipossuficientes como propriamente pessoas.

Posteriormente, em razão desse cenário pós-abolição, as relações de trabalho no meio doméstico passam a ser a principal forma de busca de vínculo de trabalho pelos escravos libertos, uma vez que a sua ausência de qualificação dificultava a sua imersão em outras formas de trabalho.

Entretanto, com o transcorrer do tempo, a situação escravocrata foi sendo alvo cada vez mais de regulamentações, as quais objetivavam reprimir a manutenção das relações escravas nas mais diversas modalidades de trabalho.

Assim, ao examinar essa breve e objetiva análise histórica, vislumbra-se que,

ao se deparar com trabalhadores desempenhando labor sob condições análogas ao regime de escravidão, haverá a restrição a direitos humanos de inegável relevância, quais sejam, a liberdade do indivíduo, a sua dignidade enquanto ser humano, o gozo aos direitos sociais e a sua saúde física e psíquica, devendo o Estado, por meio do seu *jus puniendi*, resguardar os bens juridicamente tutelados nos mais diversos ramos do direito.

3 | NORMAS REGULAMENTADORAS

Em consonância com a problemática da escravidão e a necessidade de coibir a sua existência, apesar da sua abolição legal, diversas normas foram criadas a fim de repudiar tais condições de trabalho.

A Carta Magna trata o direito ao trabalho como direito de cunho social, aferindo a importância da relação laboral na vida dos cidadãos, reprimindo, consoante os termos do artigo 5º, III, qualquer forma de tratamento desumano ou degradante, além de assegurar, em seu art. 7º, parágrafo único, os direitos dos domésticos (BRASIL, 1988).

Principalmente, pelo fato de a Constituição propagar, no seu plano normativo introdutório, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (BRASIL, 1988).

A Consolidação das Leis Trabalhistas, no mesmo sentido, busca coibir as relações laborais em condições análogas à escravidão e elenca uma série de direitos conquistados pelos empregados domésticos, quais sejam: carteira de trabalho e previdência social, salário, irredutibilidade salarial, isonomia salarial, proibição de práticas discriminatórias, 13º (décimo terceiro) salário, remuneração do trabalho noturno, jornada de trabalho, remuneração do serviço extraordinário, repouso semanal remunerado, férias, aviso-prévio, relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, FGTS, dentre outros (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, a própria relação doméstica, eixo central da presente pesquisa, encontra-se regulamentada pela Lei Complementar nº 150/2015, a qual dispõe, no preceito primário de seu art. 1º, a definição de empregado doméstico, sendo perceptível que as características que definem a relação de emprego também se assemelham ao empregado doméstico, tendo como distinção a sua finalidade não lucrativa.

Em âmbito internacional, o Brasil ratificou, em 31 de janeiro de 2018, a Convenção nº 189 da Organização Internacional do Trabalho, que trata do regime de trabalho doméstico, além das Convenções nº 29 e 105, que visam vedar a permanência de trabalhos em condições forçadas, as quais eram estabelecidas em escala alarmante e notória nos séculos passados.

Ocorre que, apesar de diversas regulamentações no cenário legislativo de cunho nacional e internacional, faz-se presente, ainda, a problemática de trabalhos em condições análogas à escravidão, principalmente, em meio doméstico, o que

se assemelha aos regimes de servidão vivenciados nos séculos passados, porém, cobertos com o manto de suposta “legalidade”, por falta de instrução das pessoas que, por necessidade, submetem-se às relações de trabalho domésticos em condições indignas.

4 | TRABALHO DOMÉSTICO EM SITUAÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO

Como elucidado, existe um forte arcabouço jurídico que veda quaisquer formas de trabalho em condições que não se enquadrem nos ditames legais e que não respeitem os direitos mínimos pertencentes ao empregado enquanto ser humano, bem como que garantam uma série de direitos a esta classe de trabalhadores.

Todavia, é cediço que ainda se fazem presentes relações laborativas que desrespeitam os preceitos básicos estabelecidos pelos Direitos Humanos, gerando a manutenção hodiernamente de trabalho em condições assemelhadas à escravidão, apesar de formalmente abolida.

Essa problemática é constatada no cenário laboral do empregado doméstico que, por diversas ocasiões, por não ter o conhecimento das normas que o resguardam, submetem-se a relações trabalhistas que afetam a sua própria liberdade, por terem em mente que o empregador, pelo simples fato de lhe ter disponibilizado uma forma de trabalho, busca ajudá-lo, gerando assim um ilusório sentimento de gratidão, que o faz submeter-se a circunstâncias de trabalho desumano.

Dessa forma, cria-se no meio doméstico uma certa prisão psicológica que prende o empregado às relações laborativas degradantes, por não ter ciência de que a sua relação de trabalho é dotada de imensuráveis direitos que buscam garantir uma forma de trabalho sadia e coerente com a própria dignidade da pessoa humana. Observa-se:

[...] Sofrimento de diversas pessoas que são exploradas, diante de sua falta de instrução e conhecimento dos seus direitos, e estão vivendo em prisões psicológicas criadas pelos seus patrões, que se passam por boas pessoas que só querem ajudar, quando na verdade estão exercendo um papel semelhante ao dos antigos senhores de escravos (VILLATORE; PERON, 2016).

Nessa acepção, tem-se na relação doméstica a permanência do estado de escravidão sob o manto de prisões psicológicas que os faz os indivíduos acreditarem que estão sujeitos a formas de trabalho corretas e justas, criando-se um sentimento de satisfação, apesar de estarem sendo claramente explorados. Retornando à incorporação de mão-de-obra descrita no século XIX. Veja-se:

No final do século do século XIX o trabalho doméstico, passa a figurar como um meio de sobrevivência, com o fim da escravidão o mundo do trabalho passa a ter outras configurações do ponto de vista jurídico, os que eram escravos agora estão libertos, a incorporação dessa mão-de-obra liberta ao mundo do trabalho, se deu majoritariamente pelo trabalho doméstico. Nos grandes centros urbanos

o trabalho doméstico ocupou um lugar de centralidade nas relações de trabalho estabelecidas entre ex-senhores e ex-escravas (PEREIRA, 2011).

Assim, ressurgem a ideia errônea de hierarquia como forma de adequação das pessoas, indicando os detentores de capital como possuidores do poder de ordenar, e os hipossuficientes como sujeitos ao cumprimento de ordens impostas por seus patrões.

E o fato da subsistência de relações de trabalho indignas e repletas de discriminação pela classe hipersuficiente retrata uma série de prejuízos psíquicos ao trabalhador:

Em meu entender, elas constituem um modo de abordagem indispensável à compreensão do fato psiquiátrico. Com efeito, a situação das domésticas (...) constitui uma ilustração, excepcionalmente demonstrativa, de mecanismos psicológicos ou psicopatológicos muito mais gerais. Na verdade, ela situa-se em uma das dimensões fundamentais da condição humana: dominação versus servidão, dimensão insuficientemente explorada - convém reconhecer - pelo psiquiatra (SILVIA apud LE GUILLANT, 2017).

Nesse sentido, a relação de submissão dessa classe de trabalhadores vai muito além da definição de submissão jurídica, extraída da doutrina trabalhista que caracteriza a relação de emprego. Trata-se de um dever de obediência que ultrapassa a pura relação de emprego e perpassa uma sujeição de cunho financeiro e psicológico que os prende a essa relação indigna, submetendo-os a formas de trabalho desumanas, em troca de abrigo e alimentação.

Ademais, essa problemática é ratificada, ao se analisar os dados provenientes da Organização Internacional de Trabalho, que demonstra que, apesar do amparo legal, permanece no âmbito doméstico imensuráveis desrespeitos aos preceitos esculpidos em lei. Veja-se:

Existem 67 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os) adultas(os) no mundo, segundo estimativas da OIT para 2013; Deste número, 80% ou 55 milhões são mulheres; O trabalho doméstico é uma das ocupações com níveis de remuneração mais baixos no mundo, com médias de salário abaixo da metade do salário médio no mercado de trabalho; Cerca de 90% das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) não têm acesso à seguridade social (OIT, s/d).

Logo, tais estimativas de dados refletem a afronta no cenário fático em respeitar os direitos assegurados aos empregados domésticos que chegaram ao conhecimento da Organização Internacional do Trabalho. Contudo, faz-se importante refletir o quantitativo de empregados que não foram somados a estes dados, pois sequer têm a instrução de tentar procurar o órgão competente e, muito menos, da sua possibilidade de gozar de seu *jus postulandi*.

Assim, é possível observar o abalo que a problemática gera e o quão presente ela se faz, por mais que de maneira silenciosa em alguns casos, conforme extrai-se de

notícias recém divulgadas na imprensa brasileira:

“Eu me sentia como uma escrava”, é com essa frase que Solange define os quase 30 anos em que passou na casa de uma família na Zona Sul de São Paulo. Em entrevista exclusiva ao G1, em parceria com o Fantástico, ela contou sobre as humilhações que viveu e quando tomou coragem de buscar seus direitos na Justiça, onde conseguiu uma indenização de R\$ 1 milhão por ter sido submetida a situação análoga à escravidão (G1, 2019).

Por este prisma, constata-se que, no ambiente doméstico, é notável uma forte desumanização no tratamento desta classe de trabalhadores, violando gravemente as normas que tratam das relações laborativas e, principalmente, dos direitos humanos, conforme será elucidado no transcorrer deste ensaio.

5 | DIREITOS HUMANOS

Após constantes lutas, o Estado passou a visualizar a figura do trabalhador em regime análogo à escravidão como pessoa detentora de direitos e deveres, principalmente, no que tange a busca pela garantia dos direitos humanos a esta classe laboradora.

Nessa acepção, apesar de ainda ser observada na prática cotidiana a existência de trabalho doméstico em condições degradantes e insalubres, vislumbra-se que as normas protetoras dos direitos provenientes da pessoa humana repudiam tal prática.

É cediço que os direitos humanos visam proteger a um conjunto de valores e garantias que se propõe a resguardar a dignidade da pessoa humana. Dentre esses objetos juridicamente tutelados, tem-se o direito ao trabalho, mas não qualquer forma de trabalho, um labor que detenha de condições mínimas para que o empregado possa exercer o seu ofício sem ter que se sujeitar a condições indignas.

Por esta perspectiva, é perceptível que a garantia do exercício de uma profissão, como a de empregado doméstico, retrata o gozo a um dos direitos assegurados com a natureza de direitos humanos.

Todavia, quando se trata de um trabalho em regime assemelhado à escravidão, há lesão não apenas ao gozo sadio do direito ao trabalho, mas também, à dignidade da pessoa humana em si, a qual pode ser compreendida por linhas gerais como:

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, res. São direitos como vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica (AGRA, 2018).

A par disso, por ser um princípio lastreado de um sentimento de clamor social, é notável a sua relevância no ordenamento jurídico, uma vez que a norma foi esculpida

para ser aplicada nas mais diversas ligações entre pessoas, necessitando sustentar preceitos basilares que devam ser observados por todos nas mais diversas relações jurídicas que possam surgir.

Não obstante, tal afirmação é ratificada ao efetuar a leitura inicial dos dispositivos da Lei Maior, a qual dispõe, em seu art. 5º, III, a vedação a formas de tratamento de forma indigna e desumana (BRASIL, 1988).

Ademais, importa salientar que a Declaração de Direitos Humanos, em seu art. 23, ratifica a importância do direito ao trabalho. Veja-se:

Artigo 23 1.Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

[...]

3.Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social [...] (BRASIL, 1948).

Assim, as relações de trabalho análogas à escravidão evidenciadas no presente século remetem à ideia da afronta ao gozo dos direitos da pessoa humana e ferem a sua dignidade, por retratar um sistema de trabalho marcado por desrespeito à natureza humana de cada indivíduo.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância aos fatos esclarecidos e demonstrados no transcorrer desta pesquisa, averigua-se que o Brasil, apesar de ter sido um continente alvo de exploração de trabalho escravo em âmbito doméstico, após a sua abolição formal, esta forma de relação de emprego alcançou um significativo arcabouço jurídico, objetivando impedir que aquela classe de trabalhadores fosse tratada de forma indigna.

No entanto, é claro que em decorrência da notória desigualdade social entre empregadores e empregados no âmbito brasileiro, fomentada pela cultura capitalista, permanece a submissão de trabalho em troca de alimentação e local habitável, mesmo que em vários casos, sem sequer a contrapartida de repasse do devido salário, sendo tal característica marcante quando se examina as relações domésticas.

Como destacado, no cenário de trabalho dos empregados domésticos, cria-se a chamada prisão psicológica que os prende a relações de trabalho desumanas, fazendo com que sejam explorados por seus empregadores, porém permanecendo um sentimento de gratidão pela oportunidade de emprego cedido, apesar de eivado de irregularidades, quando em condições análogas à escravidão, o que afeta a própria saúde física e mental destes trabalhadores.

Ocorre que, por haver esse fator psicológico, e por não possuírem os empregados em relações de trabalho doméstico, em muitos casos, instrução suficiente, no que

tange aos seus direitos garantidos por lei e/ou não terem ciência da sua possibilidade de procurar o Poder Judiciário, seja até mesmo por temor pela demissão, permanecem estes traços de trabalhos degradantes.

De fato, a persistência da relação de trabalho em condições análogas a de escravo retrata um desrespeito aos preceitos da Carta Magna de Direitos e das normas infraconstitucionais e, por conseguinte, demonstra uma gritante violação a dignidade da pessoa humana e a plenitude do gozo dos direitos sociais do indivíduo de forma sadia e digna, fator este que possui inestimável valor não só no ambiente legislativo, mas, precipuamente, no cenário fático da vida do empregado.

Posto isso, a partir da análise do teor do presente estudo eclodi a reflexão de que hodiernamente há um incisivo arcabouço normativo que se propõe a tentar evitar a permanência da problemática descrita.

Todavia, examina-se que o conteúdo legislativo, por si só, não se demonstra capaz de encerrar a continuação de trabalhos análogos à escravidão, principalmente, no ambiente doméstico, necessitando de políticas públicas, no sentido de conscientizar e sensibilizar a coletividade sobre o quão prejudicial é a existência de trabalho doméstico de forma desumana, bem como fomentar a necessidade de denunciar tais práticas e ratificar o apoio dos órgãos fiscalizadores, na busca por resguardar os direitos dos empregados domésticos. Destaca-se também a necessidade de se divulgar os direitos conquistados por eles, a fim de que tenham ciência de seu amparo legal, haja vista ser a busca por um equilíbrio social uma solução que poderá ser alcançada no percorrer de um lapso temporal mais prolongado e com maiores barreiras.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL, **Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Ministério do Trabalho e Previdência Social. Trabalhadores domésticos: direitos e deveres. **eSocial**. Disponível em: <http://portal.esocial.gov.br/manuais/cartilha-trabalhadores-domesticos-direitos-e-deveres>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

G1, São Paulo. **Mulher ganha na Justiça direito a indenização de R\$ 1 milhão de família de SP que a criou**: 'Eu me sentia como uma escrava'. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/30/mulher-ganha-na-justica-direito-a-indenizacao-de-r-1-milhao-de-familia-de-sp-que-a-criou-eu-me-sentia-como-uma-escrava.ghtml>. Acesso em: 14 jul. 2019.

OIT, **Trabalho Doméstico**: fatos e números no mundo. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

PEREIRA, Bergman de Paula. “De escravas a empregadas domésticas – a dimensão social e o “lugar” das mulheres negras no pós-abolição” In: **XXVI SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH: 50 ANOS**, I, 2011, São Paulo. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH: 50 anos. São Paulo: ANPUH-SP, 2011 (anais eletrônicos).

SILVA, Christiane Leolina Lara et al. O trabalho de empregada doméstica e seus impactos na subjetividade. **Psicologia em Revista**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 454-470, dez. 2017. ISSN 1678-9563. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/16703/12654>. Acesso em: 13 jul. 2019.

VILLATORE, Marco Antônio César; PERON, Rita de Cássia Andrioli Bazila. O trabalho doméstico análogo a condição de escravo como exemplo de trabalho forçado ainda existente no Brasil. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 5, n. 52, p. 7-17, jul. 2016.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES QUE EVIDENCIAM O PROTAGONISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Data de Submissão: 04/04/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Rodrigo Barzotto Pereira de Souza

Mestrando no Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Vale do Iguaçu – Uniguaçu e Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.

Artigo apresentado para obtenção de nota parcial na disciplina de Teorias do Direito e da Argumentação, ministrada pelo professor Dr. Bruno Meneses Lorenzetto.

RESUMO: O artigo tem por escopo o estudo de aspectos gerais do discurso prático e da argumentação jurídica, considerando a possibilidade de argumentação e ativismo *contra legem*, para que seja possível entender a fundamentação das decisões que evidenciam o protagonismo judicial da Justiça do Trabalho e as manifestações potenciais desse protagonismo, desenvolvendo, ainda, conceito e a verificação do ativismo judicial na Justiça do Trabalho, notadamente no que se refere ao seu direito sumular. Os temas tratados buscam associar os institutos à teoria habermasiana, assim como as interpretações dadas, especialmente por Alexy para que se possa ao final tentar entender a forma de atuação peculiar deste ramo da Justiça

com seus aspectos processuais em destaque.¹

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Discurso – Argumentação Jurídica – Protagonismo Judicial – Ativismo Judicial – Justiça do Trabalho.

RESUMEN: El artículo tiene como alcance el estudio de aspectos generales del discurso práctico y la argumentación legal, considerando la posibilidad de argumentación y activismo *contra legem*, de modo que sea posible entender el razonamiento de las decisiones que evidencian el protagonismo judicial de la Justicia Laboral y posibles manifestaciones de este protagonismo, el desarrollo, aún, el concepto y la verificación del activismo judicial en la Justicia Laboral, en particular con respecto a su derecho total. Los temas tratados buscan asociar los institutos con la teoría habermasiana, así como con las interpretaciones dadas, especialmente por Alexy, para que al final se pueda tratar de comprender la forma peculiar de actuar de esta rama de la justicia con sus aspectos procesales destacados.

PALABRAS CLAVE: Teoría del discurso – Argumento legal – Protagonismo judicial – Activismo judicial – Justicia laboral.

¹ Artigo apresentado para obtenção de nota parcial na disciplina de Teorias do Direito e da Argumentação, ministrada pelo professor Dr. Bruno Meneses Lorenzetto.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo da teoria da argumentação importa para que se verifique se as decisões judiciais são adequadamente justificadas e, ainda, no caso da atuação da Justiça do Trabalho, se o modo como a jurisprudência se desenvolve caracteriza como o que se conceitua por Protagonismo Judicial ou Ativismo Judicial, e se esse modelo de atuação teria respaldo na teoria do discurso.

O trabalho pretende apresentar aspectos gerais do discurso prático e da argumentação jurídica e, especialmente a teoria do discurso habermasiana, assim como o desenvolvimento da teoria pelos estudiosos que se seguiram, notadamente Alexy.

A partir da apresentação sucinta para um trabalho deste formato, pretende-se passar à função da argumentação jurídica e como se aplicam nas decisões judiciais, especialmente na Justiça do Trabalho, destacando ainda a possibilidade de argumentação *contra legem* e do ativismo judicial *contra legem*.

Tratará também acerca do protagonismo judicial com ênfase à essa forma de atuar na Justiça do Trabalho, verificando as manifestações potenciais desse protagonismo judicial, encerrando por tratar do ativismo judicial na Justiça do Trabalho, notadamente em relação à edição de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

O artigo se desenvolve em três capítulos, utilizando-se a produção descritiva e o método indutivo associado à pesquisa bibliográfica, observando-se a normalização dos trabalhos acadêmicos do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL) e as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), não tendo o escopo de esgotar o tema em questão, e sim, abrir oportunidade para novas pesquisas.

2 | DISCURSO PRÁTICO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 ASPECTOS GERAIS

A comunicação, que é operada por meio de um jogo de linguagem, é essencial para o convívio social. Por meio do jogo de linguagem podem ser desenvolvidas atividades como: ordenar que algo seja feito, descrever um objeto, relatar um acontecimento, produzir um objeto, cantar, adivinhar, argumentar, dentre outros. Os jogos de linguagem não são idênticos, mas compartilham certas semelhanças, em especial o fato de serem regidos por regras. Dentre os vários jogos de linguagem, está a argumentação, isto é, o jogo que consiste na “arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis” (RODRÍGUEZ, 2005, p. 13). Significa tentar convencer seus interlocutores por meio de uma persuasão racional, afastando qualquer ideia de imposição pela força. “Argumentar é uma atividade que, valendo-se de recursos lógico-formais e de linguagem, tenta convencer outrem de que um determinado sentido ou tese é a melhor alternativa para solução de um problema ou uma dificuldade” (VOESE, 2001, p. 29).

Quem argumenta quer convencer seu auditório, quer provocar ou aumentar a adesão desse auditório às teses que são apresentadas. A argumentação não se propõe apenas a convencer, mas em muitos casos quer “provocar uma ação ou preparar para ela, atuando por meios discursivos sobre o espírito dos ouvintes” (PERELMAN, 2005, p. 53). Para conseguir esse objetivo, a argumentação se utiliza do discurso, ou seja, a argumentação usa a linguagem como instrumento essencial nessa tarefa de convencimento. Neste particular, a argumentação pressupõe a existência de uma linguagem em comum, isto é, de uma técnica que possibilite a comunicação entre os participantes. Por meio dessa linguagem comum haverá um contato intelectual entre os participantes para que possa tentar convencer o ouvinte da sua tese. A partir do momento em que é possível o contato intelectual entre os participantes, pode-se falar em argumentação.

A prática jurídica é um dos campos mais férteis para o jogo de linguagem da argumentação. “O Direito é uma disciplina argumentativa” (MACCORMICK, 2008, p. 19). Na maior parte da atividade jurídica, os prolores do discurso querem convencer seus ouvintes, provocando uma ação ou preparando para ela. Assim, quando um advogado apresenta uma pretensão em juízo, ele quer convencer o juiz de que aquela pretensão deverá ser acolhida e, conseqüentemente, deverá ser proferida uma sentença acolhendo a pretensão (BUSTAMANTE, 2005, p. 45).

Manuel Atienza (2006, p. 213) trata da existência de limitações impostas pelo direito vigente significando que a racionalidade na aplicação do Direito dependeria da racionalidade da legislação. Ele afirma que essa limitação levaria a conclusão de que “a argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas”.

Também é certo que há uma pretensão à correção em todo discurso jurídico. A fundamentação inerente a toda argumentação jurídica demonstra que ela pretende ser correta. Se não houvesse essa pretensão, não haveria a menor necessidade de fundamentação. No caso de processos judiciais, a questão é um pouco mais complexa, na medida em que as partes, normalmente, buscam uma satisfação pessoal por meio da sua argumentação. Mesmo neste caso, ao menos idealmente, as partes pretendem que sua argumentação seja correta (ALEXY, 2005, p. 216).

Ainda, a existência da vinculação ao ordenamento jurídico vigente também é característica do discurso jurídico. Alexy (2005, p. 210) reconhece a existência de diversos campos de discussão jurídica, cada qual com seus limites, havendo, por exemplo, limites temporais (prazos) regulados por leis processuais, no caso da argumentação jurídica em processos. Mais especificamente, reconhece a necessária vinculação ao ordenamento jurídico vigente.

A argumentação jurídica é, portanto, um caso especial da argumentação prática em geral. Tal relação significa que elas não se identificam, mas que há uma coincidência estrutural parcial entre os dois âmbitos de argumentação. Além disso, pode-se afirmar

que a argumentação prática geral constitui o fundamento primordial da argumentação jurídica, na medida em que esta depende daquela (ALEXY, 2005, p. 271).

2.2 A TEORIA DO DISCURSO DE HURGEN HABERMAS

O discurso, no sentido habermasiano, se dá quando o falante precisa fundamentar a verdade de suas afirmações (discurso teórico) ou demonstrar que determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático). O discurso é argumentativo, mas não é só um encadeamento de proposições. É também um tipo de interação, de comunicação, em que os participantes se submetem à “coação não coativa” do melhor argumento para chegar a um acordo sobre a validade das pretensões problemáticas. Esse consenso só é válido em uma situação ideal, hipotética, de total liberdade e simetria entre os participantes (ALEXY, 2005, p. 162).

Segundo Habermas, todo ato de fala consensual contém uma *pretensão de validade*. Afinal, o falante pretende que o que ele está dizendo seja válido ou verdadeiro em um sentido amplo, em quatro sentidos: o falante deve ter uma *pretensão de verdade*, no sentido de buscar o “assentimento potencial” dos demais, o que permite ao ouvinte participar do discurso; deve existir uma *pretensão de inteligibilidade*, porque todo falante quer ser entendido; há também uma *pretensão de veracidade*, no sentido de que o falante esteja sendo sincero e acredite naquilo que fala; e, por fim, uma *pretensão de correção*, no sentido de que o conteúdo do enunciado corresponda às normas e aos valores vigentes, de modo que os participantes do discurso possam concordar entre si (ATIENZA, 2006, p. 161-162).

A construção de uma situação ideal de fala é o recurso usado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático, sob certas condições de *reciprocidade igualitária*: todos os participantes devem ser verídicos; todos os interessados podem participar; todos podem problematizar qualquer afirmação; todos podem introduzir quaisquer argumentos; e ninguém pode ser coagido (MAIA, In: BARRETTO, 2006, p. 64).

Embora seja uma noção contrafática, a situação ideal de fala habermasiana funciona como um parâmetro crítico para a avaliação dos processos argumentativos concretos. Por meio da aceitação racional de pretensões de validade e do estabelecimento de uma cultura argumentativa, a tese de Habermas contribuiu para o fortalecimento da democracia (MAIA, In: BARRETTO, 2006, p. 64).

2.3 FUNÇÃO PRÁTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

De acordo com Manuel Atienza (2006, p. 224), além da função genérica de persuasão inerente a toda argumentação, a argumentação jurídica deveria cumprir basicamente três funções: uma de caráter teórico ou cognoscitivo, outra de natureza política ou moral e uma terceira de natureza prática ou técnica.

A primeira função da argumentação jurídica está diretamente relacionada com a possibilidade de contribuição para o desenvolvimento de outras disciplinas e a possibilidade de uma melhor compreensão do fenômeno jurídico e da prática argumentativa. Já a função política diz respeito à ideologia jurídica que está na base de qualquer concepção da argumentação. Por fim, a função prática está relacionada à capacidade da argumentação jurídica de oferecer uma orientação útil na produção, aplicação e interpretação do Direito, bem como na construção de sistemas jurídicos e no fornecimento de uma base adequada para o ensino do Direito (ATIENZA, 2006, p. 224-225).

A função prática ou técnica da argumentação jurídica pode atuar basicamente em três campos: a produção ou estabelecimento de normas jurídicas, a aplicação de normas jurídicas e a dogmática jurídica. O primeiro campo representa a atuação legislativa, abrangendo desde a discussão até a elaboração de normas. O segundo campo representa a solução de controvérsias pelos juízes em sentido amplo, abrangendo a atuação do Poder Judiciário, de Tribunais Administrativos ou mesmo de particulares na arbitragem. Por fim, ainda se poderia cogitar da argumentação jurídica na dogmática jurídica, isto é, no estudo do Direito (ATIENZA, 2006, p. 224-225).

Ressalte-se que há uma corrente que sustenta a possibilidade de apreciação crítica da argumentação jurídica, de modo que seria possível afirmar que há pelo menos uma decisão correta a ser tomada em determinado caso. Nesta perspectiva, “o dever de correção do discurso em seus aspectos de coerência e consistência, bem como sua lógica interna podem ser apreciados” (FREITAS FILHO, 2009, p. 13) e, por isso, a argumentação jurídica pode ser objeto de apreciação crítica. A ideia essencial dos defensores dessa opinião é evitar arbitrariedades nos discursos do Direito. “A fundamentação adequada das decisões judiciais é condição da possibilidade crítica em face da ideia de correção do discurso jurídico” (FREITAS FILHO, 2009, p. 11). A argumentação jurídica seria, portanto, um critério para a verificação da correção das decisões.

2.4 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

As teorias da argumentação jurídica surgiram para evitar arbitrariedades, especialmente nas decisões judiciais. A partir da Revolução Francesa, passa a haver uma maior preocupação com a legalidade e a segurança jurídica, acentuando-se o aspecto sistemático do Direito, passando-se a busca de uma solução equitativa e razoável, dentro dos limites do sistema jurídico. Assim, desde a revolução, há uma preocupação em tornar as decisões aceitáveis e, neste particular, o recurso a técnicas argumentativas se torna indispensável (ATIENZA, 2006, p. 185)

A exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal de 1988 – art. 93, IX) é demonstração clara da necessidade de argumentação nas decisões judiciais, para sua aceitação e apreciação crítica. Registre-se que a fundamentação necessária a toda decisão judicial “não requer exclusivamente

a aprovação da comunidade jurídica, mas também a aprovação das próprias partes em litígio e da opinião pública em geral, sob o risco de representar ato completamente divorciado da realidade fática e carente de legitimidade” (MENDONÇA, 2007, p. 14). O Estado de Direito exige essa justificação e como o direito tem uma função social para cumprir, não se pode admitir um direito sem referência à sociedade que deve reger e, por isso, a motivação busca também a aceitação social (ALEXY, 2005, p. 33-34).

3 | A POSSIBILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM

3.1 A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Da teoria da argumentação jurídica de Alexy, importa identificar alguns aspectos que podem ser aplicados à prestação jurisdicional, a fim de torná-la uma atividade racional, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*) – assim considerados por apresentarem mais de uma resposta (discursivamente) possível, ou por nenhuma delas ser capaz de satisfazer o sentimento pessoal de justiça do intérprete (MORAES, 2003, p. 89).

De fato, nem todos os problemas podem ser resolvidos por formulações de normas jurídicas ou regras da metodologia jurídica tradicional, devendo o intérprete escolher a melhor entre as alternativas possíveis, segundo um juízo de valor. O papel da argumentação jurídica, nesse particular, é excluir as decisões, discursivamente, impossíveis (ALEXY, 2005, p. 21).

Acerca da clareza de um caso, tem-se que, quando assim seja considerado, poderia dar a entender que não existiriam argumentos capazes de suscitar dúvidas sérias a seu respeito. Por isso, afirma-se que “a categorização de um caso como claro constitui um julgamento de valor negativo, com respeito a todos os potenciais contra-argumentos pressupostos” (ALEXY, 2005, p. 21).

Diante de um caso difícil, o juiz não pode julgar segundo as suas convicções morais subjetivas, haja vista que existem possibilidades de avaliação objetiva, sendo uma delas a justificação racional do discurso. A fundamentação deve ser considerada deficiente – e a decisão reformada por *error in iudicando* – sempre que a sua conclusão for resultado de premissas duvidosas, obscuras ou insuficientes.

Do ponto de vista da argumentação jurídica, a fundamentação de uma decisão deve apresentar, pelo menos, uma norma universal a partir da qual se extraem outras premissas, obtendo-se um resultado racional por meio do maior número possível de etapas de desenvolvimento (ALEXY, 2005, p. 219).

3.2 A ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM

Tem-se que a teoria da argumentação dá critérios para aferir a correção de decisões judiciais e tal correção pode ser aferida mesmo nos casos mais difíceis, nos quais excepcionalmente se admite a argumentação contra a lei.

Notadamente a teoria da argumentação jurídica se presta essencialmente para verificar a correção da justificação das decisões, especialmente nos chamados casos difíceis. E é nestes casos que aparece a possibilidade de decisões e, conseqüentemente de argumentações contra a lei que, na verdade, representam argumentações contrárias “aos significados mínimos que possui um ou mais textos jurídicos cuja validade se mantém fora de dúvida” (BUSTAMANTE, 2005, p. 182).

Alexy (2005, p. 34) afirma que existem certos casos especiais, nos quais existe uma possibilidade de uma decisão que contrarie a literalidade da norma. MacCormick (2006, p. 278), por sua vez, afirma que desde que haja outros significados possíveis, a presunção de que a melhor interpretação é aquela mais óbvia pode ser afastada por bons argumentos consequencialistas ou baseados em princípios. Ambos reconhecem, portanto, essa possibilidade de argumentação *contra legem*.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL *CONTRA LEGEM*

Em meio à pluralidade de valores, interesses conflitantes e expectativas contraditórias em torno de normas associadas a noções indeterminadas, pretensões de justiça material e máximas éticas e políticas, o potencial protagonismo judicial pode se manifestar em entendimento que leve à negação da aplicação de uma norma válida (ASSIS, 2011, p. 213).

O ativismo judicial *contra legem*, ao negar a aplicação de determinada norma válida, no átimo subsequente e como condição *sine qua non* para a solução do caso, tende a instituir um regramento *ad hoc* aplicável ao litígio, de forma a se combinar com um ativismo judicial criativo (ASSIS, 2011, p. 213).

4 | O PROTAGONISMO JUDICIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

4.1 MANIFESTAÇÕES POTENCIAIS DE PROTAGONISMO JUDICIAL

Deve-se considerar que o ativismo judicial, inclusive o identificável na Justiça do Trabalho, é constituído pela conversão de um potencial protagonismo judicial em ação. A partir de uma perspectiva que separa a potência de agir (potencial protagonismo judicial) da ação parece permitir a problematização adequada do ativismo judicial, em especial porque a liberdade de decidir (a independência do Judiciário) e a contingência do conteúdo da decisão são atributos fortíssimos da função judicial contemporânea.

O que se percebe é que a atuação judicial se expandiu para contemplar formas paradigmaticamente distintas de uma atividade meramente silogística que rendeu à figura do magistrado a alcunha de “ser inanimado”, como uma simples “boca” que serviria para pronunciar as palavras da lei, como dizia Montesquieu.

A delimitação das manifestações concretas de um potencial protagonismo judicial que possuem especificidades em relação às formas tradicionais de atuação judicial parece afastar, desse modo, eventual afirmação, baseada na ideia de proibição do

non liquet, de que todo agir judicial seria um tipo de ativismo, dada a inevitabilidade da decisão. Em outros termos, uma decisão judicial, posto que agir judicial inevitável, pode ocorrer em vários sentidos (ilustrativamente, diferentes julgadores, diante de um mesmo caso concreto, poderiam julgá-lo diferentemente), mas apenas alguns desses sentidos, por suas especificidades reveladoras de diferentes formas de protagonismo, parecem desvelar tipos de ativismo judicial (LOPES, 1994, p. 257).

O crescimento do potencial protagonismo judicial, que na linguagem comparatística tem sido descrito como um processo de expansão global do poder judicial decorre do fenômeno abrangente da juridificação, consistente num processo de colonização do mundo da vida pelo Direito (FARIA, 2009, p.1).

4.2 PROTAGONISMO JUDICIAL TRABALHISTA

A mentalidade judiciária que vigia na época em que a Justiça do Trabalho era vinculada ao executivo, não era considerada adequada à solução dos conflitos trabalhistas, já que o processo deveria ser célere, barato, norteado pela oralidade processual, avesso ao formalismo jurídico e com mecanismos que reequilibrassem a desigualdade social e econômica das partes litigantes.

Primeira experiência bem-sucedida de consagração da função social na arquitetura do processo, o modelo do “juiz ativo” ressaí claramente nas disposições da CLT, por exemplo nos artigos 764 e 765, inclusive em relação ao fomento das soluções judiciais não adjudicatórias. Mais recentemente, com o fortalecimento da tutela meta-individual, os poderes dos juízes do Trabalho se expandiram para dar tratamento adequado a conflitos de interesse público e de massa.

Há uma peculiaridade do Direito Processual do Trabalho brasileiro que fortalece ainda mais a atuação ativa do magistrado. Trata-se da possibilidade de aplicar subsidiariamente dispositivos processuais de outros diplomas legais, como prevê o artigo 769 da CLT ao prescrever, para os casos omissos, a possibilidade de recorrer-se do direito processual comum como fonte subsidiária, exceto se houver incompatibilidade com as regras processuais trabalhistas. Ainda se tem o art. 15 do CPC que avança na aplicação subsidiária, prevendo aplicação supletiva em relação ao processo do trabalho (ASSIS, 2011, p. 143).

Nota-se que a abertura relativamente ambígua do Direito Processual do Trabalho ao processo comum tem fortalecido ainda mais certas formas de manifestação do potencial protagonismo judicial em sua perspectiva processual, o que, na Justiça do Trabalho, dada a originária adoção do ideário do juiz ativo, sempre existiu em medida razoável.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O aprimoramento constitucional criado com o poder constituinte de 1988, além da renovação trazida com a dilação da competência material da justiça do

trabalho, pela EC/45, resultou uma nova classificação, do anterior direito processual do trabalho, como direito processual constitucional do trabalho (BRILHANTE, 2016, p. 5).

Atualmente, o ofício do magistrado não é mais considerado como mera subsunção, ele é visto como uma atividade intelectual multiforme, que se verifica no resultado na matéria do próprio requerimento jurídico. A intervenção criativa do juiz é fundamental, e o processo de interpretação acontece como ressalta Capelletti: “interpretação sempre implica certo grau de discricionariedade de escolha e, portanto, de criatividade, que tende a se intensificar quando se trata da justiça constitucional, da proteção de direitos sociais e de interesses de coletividades” (CAPELLETTI *apud* ASSIS, 2011, p. 52).

Com a atual posição neoconstitucionalista em que a Constituição é composta de natureza vinculante com intenção de tutelar um dos valores centrais da ordem jurídica que é o trabalho, o legislador passou a prever um conjunto de direitos e garantias fundamentais sociais ao trabalhador. Primeiramente, mudou sua visão para a efetivação dos direitos fundamentais, a inclusão social a partir do direito ao trabalho, motivado na dignidade da pessoa humana. Nesse momento, houve uma nova compreensão do Direito do Trabalho, voltada para um alicerce constitucional, tendo como cunho a busca pela concretização dos direitos (PARIZI, 2016, p. 10).

Na Justiça do Trabalho o ativismo judicial se popularizou muito no decorrer da última década, principalmente, pelo motivo de que quando uma lei é produzida, os legisladores, por vezes, não realizam uma averiguação cautelosa sobre suas consequências, ficando a cargo do judiciário verificar cada caso, interpretando-os e chegando a um entendimento para determinada situação, se necessário, com o intuito de não permitir que direitos sejam lesados (RILLO, 2018, p. 210).

Nesta seara o ativismo judicial é baseado na concepção de pró-atividade do Poder Judiciário, um exercício da competência predominante da imagem do julgador, especificamente dos magistrados do trabalho em perceberem o instante oportuno para privilegiar fatos determinantes dentro do processo (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 10).

O ativismo judicial nasce de uma atividade proativa do poder judiciário, diante de uma omissão do Poder Legislativo. Isto ocorre como meio de garantir e concretizar os direitos e garantias fundamentais previstos na constituição. De modo amplo, com o ativismo judicial busca-se concretizar os valores constitucionais que muitas vezes são esquecidos (NASCIMENTO, 2010, p. 11).

Assim, o ativismo judicial trata do modo do emprego do direito voltado à eficácia de suas normas-princípios, passando o Julgador a analisar fenômenos outrora não considerados (TAVARES, 2010, p. 5).

É em momentos pontuais que se observa o real ativismo judicial, especialmente, no que tange à área trabalhista, onde se empenha admitir o direito verdadeiro do trabalhador dignificando-o através do conteúdo constitucional e das normas

infraconstitucionais (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p.11).

Cumpra sustentar que o ativismo judicial intenta monitorar o abuso dos demais poderes e a excessiva lentidão com que estes poderes demoram para instituir leis para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos (PARIZI, 2016, p.10).

Para que se tenha um razoável posicionamento do Judiciário é preciso que o mesmo multiplique as atividades interpretativas e hermenêuticas para só assim apurar-se uma adequação determinadora e positiva no que se refere ao ativismo judicial (BOLWERK; BEREZOWSKI, 2014, p. 12).

4.4 ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO SUMULAR DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Uma das peculiaridades do potencial protagonismo judicial na Justiça do Trabalho (ao lado do poder normativo e do modelo trabalhista de juiz ativo), mesmo antes da Constituição de 1988, é o chamado Direito Sumular desenvolvido pelo TST (ASSIS, 2011, p. 235).

A notável aptidão persuasiva das teses jurídicas desenvolvidas pelo TST desvela, pela simples possibilidade de sua edição, agora mitigada, um potencial protagonismo judicial que pode se traduzir em vários tipos de ativismo judicial e tem sido atacada atualmente pelo legislador.

O ativismo judicial de padronização decisória ocorre pela enunciação, nos verbetes sumulares, de teses jurídicas trabalhistas com notável força persuasiva e que reivindicam presunção relativa de correção.

Se de um lado o TST é o tribunal superior que mais produz teses jurídicas, de outro é também o que mais as modifica. Com efeito, de todos os precedentes editados pela corte, cerca de quinhentos têm um “histórico” que indica alterações na redação, acréscimos, aglutinações e cancelamentos. Assim, visualiza-se certa recorrência na prática do ativismo judicial em face de precedentes, especificamente no plano horizontal. Em muitos casos, esse ativismo implicou a modificação não de um mero detalhe de redação, mas da substância da própria tese, inclusive para eventual outra tese que se poderia considerar oposta.

Além disso, em várias das teses sumulares do TST, nota-se claramente um ativismo judicial criativo. É o caso da súmula n.º 331 (terceirização), da súmula n.º 291 (sobre horas extraordinárias), que instituiu indenização *praeter legem*, sem nenhuma previsão legal; e de vários precedentes sobre o trabalho bancário (v.g., a súmula n.º 102), direito processual (súmula n.º 218 e OJ n.º 130 da SDI 2). O conjunto desses precedentes fortemente persuasivos parece revelar uma espécie de “regulamentação” jurisprudencial das leis trabalhistas, fruto desse ativismo judicial criativo praticado pelo TST.

As possibilidades de problematização das repercussões desse “Direito Sumular” são amplas, inclusive no caso do cancelamento de precedentes. A título ilustrativo, tem-se a Súmula n.º 310, que limitava drasticamente o alcance do artigo 8º, III, da CF,

ao negar a possibilidade de “substituição processual pelo sindicato”. O cancelamento de referido verbete, além de constituir relevante caso de ativismo judicial em face de precedentes (plano horizontal), revela claros traços de ativismo judicial jurisdicional, uma vez que a mudança do entendimento jurisprudencial sob exame sinalizava (contrariamente ao que previa o precedente então cancelado) a abertura da agenda judicial trabalhista para demandas coletivas sindicais.

Para limitar essa atuação, a Reforma Trabalhista perpetrada pela Lei nº 13.467/17 alterou os artigos 8º § 2º e 702 da CLT e a partir de então as edições de Súmulas ficou bastante difícil, quase impossível. Até mesmo há dificuldade para atualização das existentes, o que demonstra a tendência do legislador atual para barrar o ativismo judicial da Justiça do Trabalho.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A postura, por vezes, proativa do Poder Judiciário, em especial do Judiciário Trabalhista, é complexa e suscita inúmeras discussões e controvérsias. Atualmente há uma frente que pretende diminuir até acabar com o protagonismo judicial e o ativismo judicial, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho, a exemplo do que ocorreu com a Reforma Trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/17, que modificou substancialmente o procedimento para edição de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

A partir desse estudo sucinto, procurou-se analisar a atuação da Justiça do Trabalho, com destaque para o direito sumular, de maneira a perceber nessa atuação uma relação com a teoria da argumentação e como as decisões evidenciam um protagonismo judicial que pode ser, em alguma medida, justificável em razão da matéria tratada e dos envolvidos na lide processual bem específica como a tratada nesta seara do judiciário.

Há destaque para a percepção de que a interpretação proativa da Constituição Federal, ou mesmo da legislação ou ainda no caso de lacunas legais, com o objetivo de extrair o máximo dos preceitos constitucionais e legais, sem criar novas leis, o que nem é função do judiciário, ocorre a partir de uma base no discurso prático e na argumentação jurídica, pois o que se busca ao final de tudo é a correção da decisão e a busca pela verdade real no processo.

Tem-se, portanto, que quando atua o magistrado, nesse sentido, atua com legitimidade, pois foram omissos os verdadeiros legitimados. O aplicador do direito age consoante os ideais do constituinte originário e com permissivo constitucional, com o fito de proporcionar máxima concretização dos direitos, havendo, ainda, espaço para a argumentação *contra legem*, especialmente nos casos difíceis onde se apresentam mais de uma resposta possível ou no caso de nenhuma delas ser capaz de satisfazer o sentimento pessoal de justiça do intérprete.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP São Paulo, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto *apud* PEREIRA, Gírlânio de Souza. **Ativismo Judicial: Uma análise no contexto contemporâneo**. Disponível em: <<https://giranio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo>> Acesso: 01 set. 2019.
- BOLWERK, Aloísio Alencar; BEREZOWSKI, Maria Leonice da Silva. **Ativismo Judicial Trabalhista: Um ensaio entre a razoabilidade e a proteção da dignidade do trabalhador**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a6ce3e53bbfb06d>>. Acesso em: 02 set. 2019.
- BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jusnavigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho>. Acesso: 01 set. 2019.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FARIA, José Eduardo. **Poucas certezas e muitas dúvidas**. Texto de seminário no International Institute for Sociologia of Law, Onnati, jul. 2009.
- FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno do direito alternativo**. in: Revista de informação legislativa, ano 31, n.º 121. Brasília: Senado Federal, 1994.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. **Verbetes “argumentação”**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. **Ativismo Judicial e a efetividade das normas constitucionais**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/juliananascimento.pdf>. Acesso em 01 set. 2019.
- PARIZI, Kelly Aparecida. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 02 set. 2019.

PEREIRA, Gírlânio de Souza. **Ativismo Judicial: Uma análise no contexto contemporâneo**. Disponível em: <<https://girlanio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo>> Acesso: 01 set. 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 02 set. 2019.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **SÚMULAS DO TST: avanço ou retrocesso?** Disponível em <<https://juslaboris.tst.jus.br>>. Acesso em 01 set. 2019.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TAVARES, Elisa. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI109940,31047ativismo+judicial+na+Justica+do+Trabalho>>. Acesso em: 02 set. 2019.

VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001.

ASSOCIAÇÃO E SUA LEGITIMIDADE - DIREITO COMPARADO

Data de aceite: 06/05/2020

Claudiane Aquino Roesel

<http://lattes.cnpq.br/4637281036104818>

RESUMO: O presente artigo trata com clareza de detalhes da lei, quanto a legitimidade de associar-se. A análise detida da lei nos permite elucidar dúvidas quanto aos questionamentos advindos principalmente das seguradoras e seu agente regulador sobre a legitimidade das associações, sob o argumento de “concorrência desleal”. Fato esse que se dá única e exclusivamente por uma busca equivocada de monopólio no mercado, ressaltando ainda que essa demanda não integra a perspectiva regulatória que compreende os objetivos institucionais dessa autarquia federal na fiscalização do mercado privado de seguros, atividade privativa da União.

PALAVRAS-CHAVE: Associação; legitimidade; constituição; mútuo.

ABSTRACT: This article deals clearly with the details of the law, regarding the legitimacy of membership. The in-depth analysis of the law allows us to elucidate doubts about the questions arising mainly from insurance companies and their regulator about the legitimacy of associations, under the argument

of “unfair competition”. This fact occurs solely and exclusively through a misguided search for monopoly in the market, emphasizing that this demand does not integrate the regulatory perspective that comprises the institutional objectives of this federal autarchy in the inspection of the private insurance market, a private activity of the Union.

KEYWORDS: Association; legitimacy; constitution; mutual.

A Lei n.º 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado e estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, além de disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do parágrafo único do art. 170 da CF que prevê claramente a livre iniciativa, e do caput do art. 174 da Constituição Federal, que demonstra mais uma vez o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, o exercendo, na forma da lei, dentre suas funções, a de incentivo, sendo este determinante para o setor público e indicativo, para o setor privado.

Ao interpretar a respectiva lei é nítido que ela preza pelo favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos

investimentos e à propriedade de todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Dessa forma, tendo em vista que o direito de associar-se está fundamentado na Constituição Federal/88 artigo 5º, XVII e com base na interpretação da Lei da Liberdade Econômica, “é plena a liberdade de associação para fins lícitos”, fins comuns, socorro mútuo em sua origem e que proporcione um sistema democrático.

Veja um consenso das características das associações, que são:

1. distinguem-se de agrupamentos informais ou ad hoc (para esta finalidade), puramente sociais ou familiares, através de um certo grau, mesmo que muito tênue, de existência formal ou institucional;
2. não tem fins exclusivamente lucrativos;
3. são independentes, regem-se por seus estatutos e regras;
4. tanto as associações quanto as empresas que as patrocinam devem atuar de forma desinteressada, ou seja, sem a intenção de obtenção de lucros;
5. suas atividades, em certo grau, visam contribuir para o bem público.

Tipos de associações:

1. para fornecimento ou prestações de serviços;
2. defesa de causas;
3. autoajuda ou ajuda mútua;

Não há vedação legal à prática em análise, à luz da própria liberdade de associação garantida constitucionalmente, na Lei da Liberdade Econômica e no entendimento reconhecido no Enunciado n.º 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal que dispõe: “A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.” (TRF 1ª Região, RSE 00138426920164013800.), grupos de pessoas que têm interesse em comum, no qual fazem a divisão de despesas, colocando todos em posição de igualdade. Para que a persecução desses objetivos cooperem entre si, com a ajuda em serviço, é necessário apoio mútuo e práticas coletivas, além de combater vícios da sociedade moderna, como o individualismo.

Apesar de toda essa clareza de detalhes da lei, quanto a legitimidade de associar-se, existem questionamentos advindos principalmente das seguradoras e seu agente regulador sobre a legitimidade das associações, sob o argumento de “concorrência desleal”. Fato esse que se dá única e exclusivamente por uma busca equivocada de

monopólio no mercado, ressaltando ainda que essa demanda não integra a perspectiva regulatória que compreende os objetivos institucionais dessa autarquia federal na fiscalização do mercado privado de seguros, atividade privativa da União.

A doutrina faz uma diferenciação interessante sobre associação e seguradora, o que nos ajuda a elucidar bem esse questionamento e certificar que não tem fundamento jurídico seguir com essa discussão.

Trata-se de duas espécies: seguro mútuo e de prêmio fixo. No primeiro caso, os membros se colocam na posição de segurados e seguradores, não há transferência do risco, mas sim um rateio. No segundo caso, o segurado adere a uma apólice e transfere o risco do seu veículo, assim vejamos:

Essas entidades atuam com base no associativismo, sendo que, nessa modalidade, a pessoa associa para obtenção de finalidades comuns, não se configurando como seguro, onde o segurado adere a uma apólice e transfere o risco de seu veículo para a seguradora, logo, totalmente diferente do contrato de seguro empresarial. Sobre o tema, importante destacar a lição de Bevilaqua (1954):

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

(...) Em que pesem os argumentos constantes da decisão agravada, a meu ver, conforme se apurou dos elementos trazidos aos autos, não se identifica, de plana, que a atividade desenvolvida pela entidade associativa possua natureza jurídica de seguro privado, em razão de que, pela leitura de seu regulamento e estatuto presentes no processo, trata-se de uma organização constituída regularmente como associação, onde os associados dividem os possíveis prejuízos materiais causados aos veículos de sua propriedade num sistema cooperativo de autogestão (...). Embora de fato reconheçam semelhanças com o contrato de seguro, vejo que o ajuste em análise caracteriza-se pelo rateio de prejuízos ocorridos entre os seus associados, agrupados com o fim específico de ajuda mútua, na defesa do seu patrimônio, sem que haja intenção lucrativa. Não há distinção típica das figuras do segurador e segurado e o risco não é assumido pela associação, mas sim dividido entre os associados, que contribuem com prestações, em razão das despesas apuradas (...). (...) e, em se tratando desse tipo de organização, dúvidas não restam em inexistir qualquer vedação legal à prática em análise, à luz da própria liberdade de associação garantida constitucionalmente, e do entendimento no Enunciado n.º 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil (...). (Agravo de Instrumento N. 0037059-66.2014.4.01.0000. Des. Kassio Nunes Marques. Brasília 22.10.2014)
Grifo meu.

(...) Em que pesem os argumentos expendidos pela SUSEP e pelo Parquet federal, a proteção oferecida pelas associações a seus membros não constitui seguro, porque evidencia-se essencialmente diversa do contrato em virtude do qual um dos contratantes assume a obrigação de pagar ao outro, ou a quem este designar, uma indenização no caso da consumação do evento incerto e temido, em contrapartida ao pagamento do prêmio previamente estabelecido e pago por parte do segurado, na dicção do art. 757 do Código Civil. Ou seja, “toda operação de seguro representa, em última análise, a garantia de um interesse contra a realização de um risco, mediante o pagamento antecipado de um prêmio. Os *essentialia negotii* são, portanto, quatro: o

interesse, o risco, a garantia e o prêmio” NERY, NERY (2008) . Os veículos dos associados não são segurados quanto a eventos danosos futuros, mas no caso da superveniência deles, até certo limite, é feita a distribuição do prejuízo mediante rateio variável, ou seja, não há pagamento de prêmio prévio, mas cotização de uma parte do dano suportado pelo associado, que minimiza os custos pela inexistência de cálculos atuariais e mesmo perfil de risco, itens necessariamente computados no valor do prêmio do seguro. De outra banda, oportuno trazer à colação os fundamentos pelos quais foi consolidado o Enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal a propósito da interpretação ao art. 757 do Código Civil: “185 –Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”. E, pela pertinência, transcrevo a justificativa para o entendimento externado no referido enunciado: “Há duas concepções de seguro, conforme suas origens. O seguro do tipo alpino surgiu nos Alpes suíços e é fundado no princípio da solidariedade. Os segurados compartilham entre si os riscos comuns, organizando-se em sociedades mútuas e se prevenindo contra os infortúnios. Estipulam geralmente pecúlios para o caso de morte, sendo frequentes também os seguros de saúde e de acidentes. O segundo tipo é o seguro capitalista, denominado anglo-saxão. É originário da cobertura dos riscos da navegação de longo curso e animado pelo lucro do segurador. O Código Civil de 1916 acolheu as duas modalidades, dedicando uma seção ao seguro mútuo. Os segurados em tudo suportavam o prejuízo advindo a cada um, exercendo eles mesmos a função de segurador (art. 1.466). Em lugar do prêmio, contribuía para o enfrentamento das despesas administrativas e dos prejuízos verificados em cotas proporcionais aos benefícios individuais (arts. 1467 e 1469). Pontes de Miranda acentuou não haver diferença conceitual entre seguro mutualista e capitalista variando, todavia, a natureza da relação jurídica. No primeiro há relação jurídico plurilateral, envolvendo os segurados entre si, que se organizavam geralmente em forma de sociedade, nos moldes do Código Civil de 1916. No seguro capitalista, o contrato é bilateral, entre segurado e segurador. As sociedades de seguros, independentemente da modalidade que praticavam – seguro mutualista ou capitalista – não podiam ser constituídas sem prévia autorização, conforme o art. 20, § 1º, do Código Civil de 1916. O Decreto-Lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940, mudou essa situação. De um lado dispôs que as operações de seguros só poderiam ser realizadas por sociedades anônimas, cooperativas e sociedades mútuas, mas de outra parte, excluiu de sua incidência as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos, instituidoras de pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias. Assim criou um seguro mútuo societário e outro associativo, de certo modo distinguindo os conceitos de sociedade e associação, o que veio a ser feito decisivamente no Código de 2002. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, reservou as operações de seguros às sociedades anônimas e às cooperativas, alijando

as antigas sociedades mútuas, que seriam o embrião das entidades de previdência privada, reguladas pela Lei n.º 6.435, em 1977. Quanto às associações: de classe; beneficência; de socorros mútuos e montepios então em funcionamento, foram mantidas fora do regime legal também no Decreto-Lei 73, tal como dispusera o Decreto-Lei 2.063, ficando facultado ao Conselho Nacional de Seguros Privados mandar fiscalizá-las quando julgasse conveniente. Com a edição da Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977, a mutualidade passou a ser regida por normas de previdência privada, com exceção dos planos de pecúlio de pequeno valor (até 300 ORTNs, na época) vigentes no âmbito limitado de uma empresa, fundação ou outra entidade de natureza autônoma e administrados exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes. A Lei n.º 6.435/1977 foi revogada pela Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, que passou a regular com exclusividade a previdência fechada privada e aberta, nada dispondo relativamente às entidades ressalvadas na lei anterior. O regime de previdência privada tem caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral de previdência social. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e são acessíveis a quaisquer pessoas físicas. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo “vida” podem operar planos de benefícios previdenciários. Às entidades abertas é aplicável, no que couber, também a legislação própria das sociedades seguradoras. As entidades fechadas só podem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos e são acessíveis exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, entes denominados “patrocinadores”; e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas “instituidores”. As entidades fechadas constituídas por instituidores devem terceirizar a gestão dos recursos que irão garantir as reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada e autorizada para tanto, cujo patrimônio deverá ser mantido segregado e totalmente isolado dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada. Como se percebe, nos planos previdenciários das entidades fechadas constituídas por instituidores intervêm: o instituidor, que será uma pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial; a entidade previdenciária, criada sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos (conhecida como fundo de pensão) e o gestor. Operacionalmente, as relações jurídicas se estabelecem entre a entidade fechada e o gestor, sendo beneficiários os membros ou associados do instituidor. O gestor presta serviços à entidade previdenciária, pondo-se esta e os beneficiários como consumidores frente àquele. O mesmo esquema de relações prevalece nas entidades patrocinadas, que são constituídas por empregadores privados ou públicos em favor de seus empregados e servidores com serviços de gestão terceirizados. Nos modelos previstos na legislação previdenciária não há lugar para o mutualismo puro. O Código Civil de 2002 também o ignorou como espécie de seguro, não reproduzindo qualquer dispositivo análogo ao art. 1.466 do CC/1916. Como bem observou Ronaldo Porto Macedo Júnior,

registrou-se um importante movimento do sistema de sociedade de amigos e organizações de auxílio mútuo para a moderna empresa de seguro e para a previdência social. Nada disso, porém, significa o expurgo do mutualismo. A autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive levando-se em consideração a função social do contrato, garantem a sua permanência, desde que praticado em círculo restrito e mantido como princípio genuíno. Os mutualistas deverão se auto-organizar exclusivamente sob a forma associativa, uma vez que a societária é utilizável somente pelo seguro capitalista e pela previdência social. Legalmente, ainda prevalece a ressalva do Decreto-Lei n.º 2.063, de 1940, que não foi expressamente revogado pelo Decreto-Lei n.º 73, de 1966, permanecendo em vigor as associações de classe, de beneficência e de socorro mútuos, que podem instituir pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias, de valor limitado, atendendo-se à restrição sobrevinda com a Lei n.º 6.435, de 1977. O contrato de ajuda mútua será plurilateral e auto-organizativo, repartindo custos e benefícios exclusivamente entre participantes, mediante rateio. Sua diferenciação do seguro capitalista e da previdência privada é a autogestão, tal como permitido pela Lei n.º 9.656/1988 para os planos de saúde. Deveras, nada há de ilícito na associação (sem fins lucrativos) de pessoas voltada para a mútua ajuda entre os associados, com repartição de custos e benefícios mediante rateio e autogestão, que não se equipara ao seguro capitalista oferecido pelas seguradoras sujeitas à legislação específica de regência. Daí porque a conduta narrada na denúncia não se subsume ao previsto no art. 16 c/c art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 7.492/86. Sob outro enfoque, impor restrição a tal modalidade de reunião de pessoas onde a lei não impôs caracteriza manifesto cerceamento à liberdade do indivíduo, a quem é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, inclusive associar-se para fins lícitos, como acabamos, (incisos II e XVIII do art. 5º da Constituição da República) mormente para a finalidade de buscar minimizar o risco individual no risco coletivo, pela vertente do mutualismo.” (JFMG, 4ª Vara Federal, Processo n.º. 0032812.2014.4.01.3800, Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli) -

Logo, não se identifica na atividade desenvolvida pelas associações que possuem natureza jurídica de seguro privado. Basta, para chegar à essa conclusão, uma leitura atenta de seu regulamento e estatuto, onde se vê claramente que se trata de organização constituída regularmente como associação, onde os associados dividem os possíveis prejuízos materiais causados aos veículos de sua propriedade num sistema cooperativo de autogestão. Em análise detida, percebe-se que se caracteriza pelo rateio de prejuízos ocorridos entre os seus associados, agrupados com o fim específico de ajuda mútua, na defesa do seu patrimônio, sem que haja intenção lucrativa. Não há distinção típica das figuras do segurador e segurado e o risco não é assumido pela associação, mas sim dividido entre os associados, que contribuem com prestações, em razão das despesas apuradas.

Sobre o tema, importante destacar a lição de Bevilacqua (1954):

Adalberto Pasqualotto (2008, p. 31) também discorre sobre o tema: **“caracteriza-se pela ausência do ânimo de lucro, pela igualdade de direitos e obrigações dos mutualistas e pela existência de um órgão que os congrega e representa (Comas, 1960, p.45-51) A finalidade de lucro é substituída pelo espírito de poupança.** Os mutualistas são segurados e seguradores de si próprios. Uma vez que administram seus próprios recursos, há entre eles uma permanente situação de contingência quanto aos resultados econômicos (Comas, 1960, p.24). O valor das quotas pode variar, conforme os resultados. Se houver excedente em relação aos custos e aos pagamentos feitos, todos participam da sobra, mas se a soma dos encargos superar o montante dos recursos, eles terão que cobrir o déficit. Os mutualistas têm uma dúplici condição: são segurados e associados entre si. Para que se torne segurado numa associação mútua, é necessário que se vincule à entidade que congrega os mutualistas”.

Sobre essas diferenças Pontes de Miranda (MIRANDA apud PASQUALOTTO, 2008, p. 32) diz que “No contrato de seguro o segurador recebe com antecipação um prêmio para correr o risco; não compra e venda, não há assunção de risco; e, no mútuo a risco, o mutuante assume o risco incondicionalmente”. - <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49553/associacao-de-socorro-mutuo-um-estudo-no-atual-cenario-brasileiro>

Assim, fica claro que a ausência do ânimo de lucro das associações, a busca pela igualdade de direitos e obrigações dos associados e a formação de vínculos recíprocos de cooperação tornam a sua existência legítima. A existência de uma associação que os congrega e representa faz com que tal associação possibilite que esses associados mantenham sua atividade e se tornem competitivos no mercado, fato esse que não deve ser contestado, muito menos colocado em dúvidas.

O entendimento pacificado da jurisprudência aduz que a proteção oferecida pelas associações a seus membros não constitui seguro, tendo em vista que é feita a distribuição do prejuízo mediante rateio variável, ou seja, não há pagamento de prêmio prévio, mas cotização de uma parte do dano suportado pelo associado, que minimiza os custos pela inexistência de eventos, possibilita seu retorno às atividades, diminui o seu desembolso com o prejuízo advindo de sinistro e não configura assim os itens necessariamente computados no valor do prêmio do seguro.

Evidencia-se essencialmente diverso do contrato em virtude do qual um dos contratantes assume a obrigação de pagar ao outro, ou a quem este designar, uma indenização no caso da consumação do evento incerto e temido, em contrapartida ao pagamento do prêmio previamente estabelecido e pago por parte do segurado, conforme art. 757 do Código Civil. Ou seja, a operação de seguro representa, em última análise, a garantia de um interesse contra a realização de um risco, mediante o pagamento antecipado de um prêmio.

Outra diferenciação pode ser vista pela lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva em sua obra “O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008: “O seguro privado se distingue em dois grandes grupos: o denominado seguro a prêmio fixo e o seguro mútuo, que se caracterizam pela forma diversa como se administram as reservas formadas por seus participantes: (a) no seguro capitalístico, a sociedade anônima o administra com finalidade lucrativa sem, todavia, perder a sua função de depositária do fundo comum (Armando de Oliveira Assis, p. 39), ficando, assim, caracterizada a relação

contratual que vincula a Companhia seguradora e cada segurado como uma relação jurídica preponderantemente bilateral, embora fundada na ideia do mutualismo; (b) o denominado seguro mútuo, ao contrário, não é explorado comercialmente por um administrador estranho ao conjunto dos segurados, senão que é gerido por uma entidade civil de natureza não lucrativa, formada pelos próprios segurados, em regime cooperativo e sob forma de autoseguro.” - <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49553/associacao-de-socorro-mutuo-um-estudo-no-atual-cenario-brasileiro>

Para não restar dúvidas, Sérgio Mourão Corrêa Lima (2017, pág. 39) expõe:

“A associação decorre do acordo de vontades congruentes dos associados fundadores, manifesta em assembleia, no sentido de contribuírem com bens ou serviços para suas atividades; portanto, na formação, a associação tem natureza jurídica de contrato bilateral ou plurilateral. Nessa linha, Renan Lotufo sustenta que a associação é contrato plurissubjetivo unidirecional, porque são vários os que declaram suas vontades, mas todas no mesmo sentido.”

Aliás, é de se notar que tais figuras, distintas da operação de seguro, são comuns até mesmo fora da tradição da civil law, recebendo em qualquer caso tratamento distinto do primeiro instituto. ROBERT M. MERKIN, JOHN S. BUTLER e ALISON A. GREEN (Insurance contract law, V.1, Londres, Kluwer, 1992, p. A.1.2-08) noticiam a existência, no direito inglês, das chamadas friendly societies, as quais, reguladas por lei própria a “Friendly Societies Act” diferenciam-se das seguradoras pelas mesmas razões tratadas.

Segundo os autores (op. e loc. cit.), “friendly societies are associations which exist to provide benefits for their members, usually paid for out of those members’ contributions” (em tradução livre: são associações que existem para fornecer, aos seus membros, certos benefícios, geralmente pagos pelas contribuições dos outros associados), as quais, embora com certos caracteres do contrato de seguro no original: “(...) many of the features of the ordinary insurance contract” com ele não se confunde.

Perceba-se: não se nega certa semelhança entre os institutos, tanto que autores como LORENZO MOSSA (Compendio del Diritto i Assicurazione, Milano, Giuffrè, 1936, p. 32) fala expressamente em mutue d’assicurazione, contudo, não se pode, até pelas próprias características desse modelo e à míngua de qualquer regulação normativa expressa, exigir-se as mesmas garantias e os mesmos requisitos da figura empresarial securitária, que é atividade extremamente específica e substancialmente diversa.

Mesmo porque, é de se notar que as sociedades de auxílio mútuo surgem exatamente nos espaços econômicos não ocupados, seja pela existência de um risco excessivo, seja pela impossibilidade de formação de uma coletividade homogênea em termos atuariais ou insatisfatoriamente atendidos sobretudo pelos valores economicamente inviáveis dos prêmios pelo modelo securitário tradicional, de forma que não há, efetivamente, paralelo entre as figuras discutidas ao longo dos autos.

Com efeito, a partir da análise mais profunda, resta provado de forma cristalina, que a atividade de uma associação de socorro mútuo em nada se parece com uma operação de seguros, pois ausentes os elementos caracterizados como segurador, segurado, risco e prêmio. Nesse sentido segue o entendimento Tribunal Regional da 29 Região. Vejamos:

RECURSO NO SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (SFN). CRIME DE OPERAR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. LEI n.º 7.492, ART. 16, CAPUT. **ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO VEICULAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO.** RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Recurso no sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal (MPF ou recorrente) da decisão pela qual o Juíz rejeitou a

denúncia apresentada contra Welerson Jones da Silva e Richardson de Abreu Lima (denunciados ou recorridos) na qual lhes foi imputada a prática do crime de operar instituição financeira sem autorização do órgão competente. Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei n.º 7.492), Art. 16, caput. 2. Recorrente sustenta, em suma, que os denunciados, desde 2012, “na condição de administradores da APROTEVE - Associação de Proteção Veicular [...], **agindo em unidade de desígnios e dotados de consciência e vontade de atingir uma finalidade comum, fizeram operar**, sem autorização da SUSEP [Superintendência de Seguros Privados], pessoa jurídica captadora e administradora de seguros, equiparada às instituições financeiras pelo art. 1º, I, da Lei n.º 7.492/86”; que no contrato padrão da APROTEVE existem elementos típicos dos contratos de seguro; que a APROTEVE “não era operada segundo as características das associações sem fins lucrativos voltadas à assistência mútua mas, sim, segundo os preceitos e os elementos fundamentais típicos das seguradoras capitalistas, cujo funcionamento é necessariamente condicionado à aprovação da SUSEP”; que, para se caracterizar como uma associação civil, e, não, como uma instituição financeira, é preciso que **“seja um grupo restrito, autogerido, sem fins lucrativos, baseado na ajuda mútua, com a distribuição do prejuízo, sem a predefinição de prêmios.”** Requer o provimento do recurso para receber a denúncia. Parecer da PRR1 pelo provimento do recurso. 3. Crime de operar instituição financeira sem autorização do órgão competente. Lei n.º 7.492, Art. 16, caput. “A jurisprudência deste Tribunal assentou que a disponibilização do serviço de proteção automotiva por associação sem a intenção lucrativa, **não caracteriza o contrato firmado entre as partes em típico contrato de seguro.** (AC 0018423-62.2013.4.01.3500/GO [...]). [...] Não há vedação legal à prática em análise, à luz da própria liberdade de associação garantida constitucionalmente, e do entendimento reconhecido no Enunciado nº 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal que dispõe: ‘A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.’” (TRF 1ª Região, RSE 00138426920164013800.) Consequente não caracterização do delito. 4. Recurso no sentido estrito não provido. A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso no sentido estrito, por fundamento diverso.

(RSE 00078858720164013800, DESEMBARGADOR FEDERAL EDSON FACHIN, RIBEIRO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:20/03/2018 PAGINA:.)
- <https://www.jusbrasil.com.br/processos/121044153/processo-n-0007885-8720164013800-do-trf-1>

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. SEGUROS. ART. 16 DA LEI n.º 7.492/86. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. PROTEÇÃO AUTOMOTIVA DISPONIBILIZADA AOS ASSOCIADOS. SEGURO MÚTUO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. 1. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrido, na qual lhe é imputada a prática do delito tipificado no art. 16, da Lei n.º 7.492/92, em razão de dirigir associação, supostamente voltada à ajuda mútua entre os associados, operando atividade securitária sem a devida autorização legal. 2. A jurisprudência deste Tribunal assentou que a disponibilização do serviço de proteção automotiva por associação sem a intenção lucrativa, não caracteriza o contrato firmado entre as partes em típico contrato de seguro. (AC 0018423-62.2013.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 31/03/2017) 3. A ilegalidade da atividade exercida pela AMIVE não está demonstrada. Conforme se apurou dos elementos trazidos aos autos, não se identifica que a atividade desenvolvida pela associação possua natureza jurídica de seguro privado, já que se trata de uma organização constituída regularmente como associação, onde os associados dividem os possíveis prejuízos materiais causados aos veículos de sua propriedade num sistema cooperativo de autogestão. 4. Este foi o fundamento adotado pelo juiz a quo para rejeitar a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra o recorrido,

bem como pelo Ministério Público Federal, no exercício da função de fiscal da lei, para opinar no sentido do desprovemento do presente recurso em sentido estrito. 5. O seguro mútuo caracteriza-se pelo rateio, de prejuízos já ocorridos, entre os seus associados, agrupados com o fim específico de ajuda mútua, na defesa do seu patrimônio, sem que haja intenção lucrativa. Não há distinção típica das figuras do segurador e segurado e o risco não é assumido pela associação, mas sim dividido entre os associados, que contribuem com prestações, em razão das despesas apuradas. 6. Não há vedação legal à prática em análise, à luz da própria liberdade de associação garantida constitucionalmente, e do entendimento reconhecido no Enunciado nº 185, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal que dispõe: “A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”. 7. Recurso em sentido estrito desprovido. A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso em sentido. (RSE 00138426920164013800, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:31/05/2017 PAGINA:.) - <https://www.jusbrasil.com.br/processos/121044153/processo-n-0007885-8720164013800-do-trf-1>

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão de Tribunal de Justiça que não conheceu do recurso de apelação, nos seguintes termos: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - RATEIO DE PREJUÍZOS - PROGRAMA DE PROTEÇÃO AUTOMOTIVA - PRIMEIRA APELAÇÃO INTERPOSTA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO - REALIZAÇÃO DE VISTORIA PRÉVIA - AUSÊNCIA DE RESSALVA - POSTERIOR VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES - ÔNUS DA ASSOCIAÇÃO - RATEIO DE PREJUÍZOS CONFORME AS REGRAS PREVISTAS NO REGIMENTO INTERNO DA ASSOCIAÇÃO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DA PRIMEIRA APELAÇÃO, SUSCITADA DE OFÍCIO, ACOLHIDA - PRIMEIRO RECURSO NÃO CONHECIDO - SEGUNDO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A hodierna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser extemporâneo o recurso interposto na pendência de julgamento dos embargos de declaração, ainda que apresentados pela parte contrária ou rejeitados, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação, dentro do prazo legal. A requerida é pessoa jurídica constituída em forma de associação, que oferece à sociedade o chamado Programa de Proteção Automotiva (PPA), benefício que garante aos associados a reparação de danos ocorridos em seus veículos, quando decorrentes de colisão, incêndio, furto e roubo. Embora seja flagrante a similaridade com as operação das seguradoras, a atividade desenvolvida por associações de proteção veicular, como a requerida, diferem daquelas tecnicamente, “Enquanto o seguro se baseia em cálculos atuariais que permitem a previsão de ocorrências, fixação prévia do prêmio e constituição de reservas, o programa de proteção teria como cerne o rateio de prejuízos, tantos quantos forem e depois de constatadas as ocorrências, não havendo qualquer tipo de reserva de valores.” (...) Preliminar de intempestividade, suscitada de ofício, acolhida. Primeiro recurso não conhecido. Segundo recurso parcialmente provido. No recurso extraordinário, com fundamento no permissivo constitucional do art. 102, III, a, aponta-se ofensa aos artigos 5º, II, e 22, I, da Constituição da República, por violação dos princípios da legalidade e da competência legislativa da União. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema discutido nestes autos. No que tange aos pressupostos de admissibilidade de recursos de competência de outros Tribunais, a Corte, no julgamento do RE-RG 598.365, de relatoria do Ministro Ayres Britto, DJe de 26.03.2010 (Tema 181), entendeu pela ausência de repercussão geral da questão suscitada, dado que as ofensas à Carta Magna, caso existentes, ocorreriam de modo indireto ou reflexo. Ante o exposto, em vista dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema suscitado neste recurso extraordinário com agravo, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no artigo 543-B do Código

de Processo Civil, nos termos do art. 328 do RISTF. Publique-se. Brasília, 26 de setembro de 2016. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (ARE 991940, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 26/09/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 29/09/2016 PUBLIC 30/09/2016).
- <https://www.jusbrasil.com.br/processos/121044153/processo-n-0007885-8720164013800-do-trf-1>

Apesar de toda essa explanação, onde fica evidente a liberdade da constituição da associação e a sua não confusão com as seguradoras, conforme explanado acima, no Brasil ainda persiste a discussão principalmente pela agência reguladora da possibilidade de se manter uma associação como legítima. Destaca-se ainda que essa liberdade de associar-se foi restringida pelo absolutismo e posteriormente pela ditadura, tendo em vista a associação representar um sistema democrático em que se desenvolvem direitos fundamentais.

É importante entender que as grandes empresas, em via de regra, não fazem seguro, pois fica muito mais oneroso despender da contratação de seguro do que ratear eventuais prejuízos, pois arcar com custos de eventuais sinistros é muito menos dispendioso do que arcar com apólices de seguros altíssimas para toda a frota.

As pequenas empresas ou mesmo pessoas físicas, obviamente, não têm condições de arcar com o alto custo de seguros, podendo dessa forma, para se resguardarem, participarem de associações cujo intuito seja o de somente ratear entre “amigos”, associados, o eventual prejuízo. Essa ajuda mútua se torna uma forma de minimizar o prejuízo, rateando cada qual sua quota de participação.

Dessa forma, fica evidente que a associação tratada no artigo 53 do Código Civil Brasileiro em que “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” quando regularmente registrada e constituída respeitados os procedimentos legais, **é uma espécie de pessoa jurídica na qual não há finalidade econômica e é perfeitamente possível a sua constituição sem lesar nenhum mercado**, tendo em vista que desempenham papéis importantes em quase todas as áreas de atividades sociais e contribuem para a criação de emprego, sustento econômico, cidadania ativa e democracia, além de representar os interesses dos cidadãos junto aos poderes públicos, caminhando para o desenvolvimento das pessoas.

Essa busca pelo bem comum, utilizando-se da ferramenta **associação**, faz com que essas pessoas tenham mais força e, conseqüentemente, mais possibilidades de efetivarem aquilo que se propuseram ao se reunir e unir com cooperativismo, igualdade de direitos.

A liberdade de associação é tão importante que pode ser protegida pelo art 60, §

Ainda, para corroborar com todo esse entendimento elucida-se que tramitam projetos de lei no Poder Legislativo, a fim de alterar o art. 53 do Código Civil/2002, para reiterar a atividade questionada neste feito. Ora, conforme reiteradas vezes foi explanado neste artigo, trata-se de ponto consolidado na legislação pátria, não haveria

assim a necessidade de qualquer alteração legislativa.

Ademais, com o crescimento do estado democrático de direito que hoje vivemos, deveríamos nos basear em outros países que de forma mais límpida e esclarecida, abordam a questão da associação como algo natural e valorizam a contribuição crescente que essas organizações têm proporcionado ao longo dos anos, o que justifica o incentivo e promoção do seu papel, sem que o Estado tenha que interferir e ainda sem a intervenção de órgãos que visam seu próprio interesse e não de um bem comum; ao contrário, nesses países o Estado apoia a constituição delas, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos, tornando efetivo o direito da igualdade e democracia.

A título de elucidação dos fatos, em Direito Comparado, esclarece-se que a **Constituição da República Portuguesa**, reconhece a associação como legítima. Sua legitimidade foi aprovada em 2 de abril de 1976, na redação que lhe foi dada pelas Leis Constitucionais n.º 1/82, de 30 de setembro, n.º 1/89, de 8 de julho. N.º 1/92, de 25 de novembro, n.º 1/97, de 20 de setembro e n.º 1/2000, de 20 de novembro e 1/2004 de 24 de julho, constitui no seu artigo 46 que “1. **Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações**, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.”; “2. **As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas** e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas atividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.

O artigo 51. da aludida constituição completa, em especial no que concerne aos partidos políticos, que “1. A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.”

Dá ainda destaque na alínea 3. do artigo 60, aos direitos dos consumidores, em que constitui que “As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.”

O Código Civil Português (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47334 de 25 de novembro de 1966, protege igualmente a criação de associações.

Na **Itália**, o reconhecimento jurídico do direito da associação está previsto nos artigos 2.º e 18.º da Constituição, Código Civil, artigos 14.º a 4, Lei de 27 de fevereiro de 1985, Lei de 11 de agosto de 1991, n.º 266. A lei não dá uma definição específica mas, segundo a doutrina, ela é qualquer organização estável de vários indivíduos com vista à gestão de um interesse comum, com exclusão de fins lucrativos. (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47334 de 25 de novembro de 1966, em que protege igualmente a criação de associações, as quais podem exercer atividades económicas, não visando

a realização de um lucro monetário, mas exclusivamente o prosseguimento dos seus objetivos. Essa pessoa jurídica, chamada *persone giuridiche*, está regulada no Título II de seu Código Civil, que abrange os arts. 11 a 42. Neste país, as sociedades e as associações se distinguem nitidamente, sendo o fim das associações apenas ideal: religioso, científico, político, de diversão ou de mútua assistência, mas nunca exclusivamente de lucro. Assim como a própria constituição da **Dinamarca**, onde as associações têm um reconhecimento jurídico de sua constituição, zelam pelos interesses econômicos e profissionais dos seus associados, além de orientar o mercado profissional.

Ainda na abordagem do Direito Internacional, a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, aprovada em 10 de dezembro de 1948, estipula na alínea 1 do artigo 20 que “**toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas.**”.

A **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, aprovada para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, convencionou que “qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses”, e ainda que “o exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”, **o que não se encaixa nas associações de interesse/socorro mútuo**, que por meio de uma autogestão realizam por meio da solidariedade a repartição de custos e benefícios exclusivamente entre os seus associados.

Marcel van der Linden in Social security mutualism. The comparative history of Mutual Benefit Societies as definiu como “**associações formadas voluntariamente com o objetivo de prover auxílio financeiro a seus membros em caso de necessidade**”.

Ainda na Europa, pode citar também o ideal do mutualismo o qual foram criadas associações que protegem os interesses de seus associados. Essas “associações tinham em regra por modelo as *Friendly Societies* constituídas na Inglaterra, na 2ª metade do século XVIII. Na **França**, o grande impulso do Mutualismo cabe a *Thiers*, com a legislação publicada em 1850. Em 1852 existiam naquele país 2438 associações, tendo o seu número ascendido para 4410, em 1861. Na **Inglaterra**, em 1899, vigoravam 6773 sociedades de socorro mútuo” (MONTEPIO...2014). Na **Alemanha**, as associações têm plena capacidade de direito. O art. 26 do Código Civil (BGD) dispõe, quanto à representação, que uma associação deve ter uma diretoria, que pode constar de várias pessoas. Essa diretoria representa a associação judicial e extrajudicial: tem a posição jurídica de um representante legal e os estatutos limitam o seu poder de representação.

Mesmo em outras localidades, como por exemplo na **Argentina**, em sentido

amplo, a palavra associação (*asociación*) se emprega para designar toda classe de agrupamento de indivíduos criada para perseguir um fim comum, compreendendo neste conceito toda classe de sociedades, qualquer que seja sua forma ou objeto. No sentido restrito e técnico, as associações perseguem um fim exclusivamente ideal, moral. Seu principal fim é o bem comum.

Pode-se concluir que parte da legislação mundial utiliza o critério teleológico, tendo em vista a existência ou não de finalidade lucrativa, mas sempre reconhecendo a legitimidade da associação.

REFERÊNCIAS

Comparado apud NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 6.ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 669.

Clóvis Bevilacqua (1954, Op.305)

Comparado *apud* NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 6.ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 669.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087336>

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,associacao-de-socorro-mutuo-um-estudo-no-atual-cenario-brasileiro,588515.html>

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49553/associacao-de-socorro-mutuo-um-estudo-no-atual-cenario-brasileiro>

CONSUMIDO NA PÓS-MODERNIDADE - PRODUZIDO NA IDADE MÉDIA

Data de aceite: 06/05/2020

Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Docente, pesquisador e orientador nos Programas de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação da Uniarp. Endereço: Rua Prof. Egídio Ferreira, nº 271, Apto. 303 – 88090-699 Florianópolis (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

Ângela Cardoso

Jornalista, graduado pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Jornalista (MTE/SC nº 0002863). Endereço: Rua Paulo Castelli, nº 32, Bairro Vila Paraíso, Caçador (SC), Brasil. E-mail: angelacardoso21@hotmail.com.

RESUMO: O conhecimento constitui-se, hodiernamente um fator de sucesso para as organizações e para os países. Na sociedade do conhecimento e da informação, o conhecimento se transforma no fator-chave da economia pós-moderna e o precípua determinante da modificação ocupacional. Os trabalhadores necessitam se adaptar as novas exigências em termos de educação e, por serem o capital humano da organização, também adquirem relevância, uma vez que são responsáveis por todo o capital intelectual que a organização possui, ademais de produzirem, compartilharem

e transformarem o conhecimento em ação e resultados. Contudo, paralelamente a esta sociedade, coabita outra, ainda pautada pelos princípios socioeconômicos mais arcaicos, deitando raízes na Idade Média. Este artigo projeta luz sobre esta conjuntura, resgatando os conceitos de “Brasil, Terra de Contrastes”, da lavra de Roger Bastide.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Modernidade. Arcaísmo. Agricultura.

CONSUMED IN POSTMODERNITY - PRODUCED IN THE MIDDLE AGES

ABSTRACT: The knowledge has currently become a tool for success for organizations, companies and countries. In the society of knowledge and incoming information in which we live, knowledge becomes a key factor of the postmodern economy and the primary determining purpose of occupational change. Workers need to adapt to new demands on education, and once they are human capital of companies and organizations, they also become relevant, since they are responsible for all the intellectual capital that the organizations have, besides producing, sharing and transforming knowledge into action and results. However, parallel to this society, there is another one, coexisting, that is still guided by the most archaic socioeconomic principles, laying its roots in the

Middle Ages. This article highlights this situation, resuming concepts from “Brasil, Terra de Contrastes” the work that belongs to Roger Bastide.

KEYWORDS: Post-modernity, Archaism, Agriculture.

INTRODUÇÃO

O francês Roger Bastide, com muita justiça, figura na galeria dos destacados membros da “intelligentsia” brasileira, porquanto deu a lume pesquisas fundamentais para compreensão cultural. No entanto, o título de uma de suas obras avulta pela precisão e clareza – “Brasil, terra de contrastes”. Esta projeta luz sobre uma das mais interessantes facetas do Brasil, que, entretentes, hospeda as dimensões da Pós-Modernidade e relações socioeconômicas afinadas com a Idade Média, configuradas na sociedade do conhecimento coabitando com estruturas sobremodo arcaicas.

Em primeiro lugar, a realidade atual torna cada vez mais difícil para as organizações em geral responderem à crescente complexidade da sociedade. Em grande parte, isso emana avanço tecnológico, que acontece quando o acúmulo de informações chega a um estágio que cria um novo patamar de conhecimento. Comumente a motivação, quando existe, resulta de uma carência a ser atendida e, mesmo assim, somente ocorre quando o contexto viabiliza a sua aplicação (CALDAS; AMARAL, 2001).

O conhecimento consiste na peça central que move essa sociedade complexa. Na realidade, conforme explicam Zabot e Silva (2002), a relevância do conhecimento não é uma descoberta nova, pois desde os tempos mais remotos, sabe-se que os homens que detinham muito conhecimento eram os que se destacavam dos demais. O problema, em última análise, consiste que, durante muito tempo, o acesso ao conhecimento, em realidade, restringia-se a alguns apanagiados, e o próprio conhecimento era, muitas vezes, empregado como meio de domínio e opressão. O conhecimento é, na realidade, um trunfo competitivo de extremo poder, e não apenas sua aquisição é relevante, mas também sua criação e transferência.

No juízo da lavra de Santiago Jr. (2004, p. 29), o conhecimento pode ser concebido como “uma mistura fluida de experiências, valores, informações contextualizadas e *insights*”. Ele permite a existência de uma estrutura para avaliar a incorporação de novas experiências e informações. O conhecimento se origina na cabeça das pessoas e se faz presente nas organizações não apenas em documentos, mas também em rotinas, processos e práticas.

De acordo com Toffer (apud ZABOT; SILVA, 2002, p. 67), o conhecimento constitui “a fonte de poder da mais alta qualidade e a chave para a futura mudança de poder”. O conhecimento passou de auxiliar do poder monetário e da força física a sua própria essência, e é por isso que a batalha pelo controle do conhecimento está se tornando cada vez mais acirrada em todo o mundo.

DESENVOLVIMENTO

Crawford (2000 apud ZABOT; SILVA, 2002) indica quatro características centrais inerentes ao conhecimento, que o transformam em um recurso único na criação de uma nova economia:

- a) o conhecimento é difundível e se auto-reproduz: diferentemente das matérias-primas da economia industrial, as quais se constituem como recursos finitos, o conhecimento expande-se e aumenta na medida em que é empregado. Quanto mais é usado para desempenhar uma tarefa, mais ele é aprimorado e possibilita entender com maior profundidade essa tarefa;
- b) o conhecimento é substituível: isso significa que o conhecimento pode substituir outros recursos como o trabalho e o capital. Novas técnicas de plantio, por exemplo, podem produzir mais em mesmo espaço de terra;
- c) o conhecimento é transportável: na sociedade eletrônica atual, o conhecimento pode se mover de forma muito rápida, por intermédio dos fluxos de informação;
- d) o conhecimento é compartilhável: a transferência de conhecimento para outras pessoas não impede o uso desse mesmo conhecimento por seu original detentor.

Importa salientar que o conhecimento pode ser classificado em diversas tipologias, conforme expõe Lapa (2004):

- a) Conhecimento explícito: compreende o conjunto de informações já registradas em algum suporte (livros, documentos, etc.) e que caracteriza o saber disponível sobre tema específico;
- b) Conhecimento tácito: diz respeito ao acúmulo de saber prático acerca de um determinado assunto, que agrega convicções, crenças, sentimentos, emoções e outros fatores relacionados à experiência e à personalidade de quem detém, mas não está registrado em local algum; e
- c) Conhecimento estratégico: resulta da combinação de conhecimento explícito e tácito constituído com base em informações de acompanhamento, agregando o conhecimento de especialistas.

Em relação a essa classificação do conhecimento, desenvolvida inicialmente pelos autores Nonaka e Takeuchi (1997), Zabot e Silva (2002) ainda acrescentam que o conhecimento explícito pode ser articulado na linguagem formal, inclusive em

afirmações gramaticais, especificações técnicas e expressões matemáticas. Esse tipo de conhecimento pode ser transmitido, formalmente, de modo relativamente fácil entre os indivíduos de uma organização.

O conhecimento tácito, por sua vez, compreende o conhecimento pessoal incorporado à experiência individual, envolvendo fatores intangíveis, como crenças pessoais, perspectivas, sistemas de valor e experiências individuais. Em virtude de suas características, esse conhecimento é bem mais difícil de ser articulado e transmitido em linguagem formal, sendo difícil de visualizá-lo e exprimi-lo, visto que está profundamente enraizado em experiências, emoções, valores ou ideais. Destarte, conforme Zabet e Silva (2002), para que possa ser compartilhado dentro da organização, o conhecimento tácito precisa ser convertido em explícito e vice-versa e é por meio dessa conversão que se dá a criação do conhecimento organizacional.

De acordo com Zabet e Silva (2002), o conhecimento pode ser considerado como um capital das organizações, isto é, como qualquer forma de riqueza empregada com a finalidade de produzir mais riqueza. O desenvolvimento do conhecimento é pressuposto para o desenvolvimento da tecnologia, sendo que novos conhecimentos conduzem a novas tecnologias, o que resulta em mudanças na economia que, por sua vez, promove mudança social e, por conseguinte, mudança política e de paradigmas.

Choo (2003) apresenta ainda algumas características essenciais do conhecimento organizacional, quais sejam: o conhecimento é mediado, situado, provisório, pragmático e contestável.

A primeira dessas características, qual seja, a de que o conhecimento é mediado significa que o conhecimento organizacional se configura como uma propriedade dos sistemas de atividade, que são constituídos de indivíduos, rotinas e objetos de atividade. O conhecimento é o resultado de interações entre esses três elementos.

Essas interações não ocorrem de modo direto, mas são mediados por regras formais e informais, papéis e relacionamentos, e pelo uso de ferramentas e tecnologias. Atualmente, cada vez mais os sistemas computadorizados de informação são responsáveis por efetuar a mediação entre os indivíduos e suas rotinas de busca e uso da informação. As tecnologias de comunicação modificam os papéis tradicionais e os relacionamentos dentro de um grupo de trabalho, entre um grupo e outro e uma organização e outra (CHOO, 2003).

Outra característica do conhecimento organizacional é o fato de ele ser situado. De acordo com Choo (2003), o conhecimento se localiza no tempo e no espaço e interage com os elementos físicos e sociais do ambiente onde a atividade é desenvolvida. As ações das pessoas são limitadas ou favorecidas por seus ambientes físico e social imediatos, que as orientam a explorar algumas contingências do ambiente e a evitar outras. Ao mesmo tempo, as ações têm o potencial de mudar o ambiente e, com isso, criar novos modos de interação. O modo como as pessoas interpretam o contexto no qual trabalham também interfere no conhecimento organizacional, incluindo a percepção e os sentimentos dos indivíduos em relação à comunidade à qual pertencem

e na qual desenvolvem suas atividades.

A característica da provisoriedade do conhecimento é assim apresentada por Choo (2003, p. 357):

Novos conhecimentos são sempre testados à medida que hipóteses e teorias são continuamente construídas, experimentadas e reestruturadas. As rotinas, as regras e os papéis não são permanentes, mas constantemente revistos e reconfigurados. A intrusão de forças externas a um sistema de atividade e as subsequentes tentativas de assimilação e interiorização podem gerar grandes tensões e contradições. Novas maneiras de conhecer e fazer emergem em consequência da eliminação dessas tensões por meio do diálogo, da experimentação e da busca coletiva. Os novos conhecimentos também são fluidos, prontos para serem aperfeiçoados pelo próximo ciclo de mudanças.

Por conseguinte, cada vez mais, na sociedade atual, os conhecimentos perdem seu valor de forma acelerada, sendo, em pouco tempo, substituídos por outros mais avançados. Esse ciclo de mudanças, que evidencia como o conhecimento é provisório, tem se acelerado cada vez mais.

A característica do pragmatismo do conhecimento significa que o conhecimento produz uma ação orientada para objetivos, direcionada para o objeto da atividade. A ação coletiva é guiada pelas concepções que as pessoas possuem acerca do objeto de suas atividades. Novamente, tem-se que as tecnologias de informação influenciam o modo das pessoas perceberem e se relacionarem com seus objetivos de trabalho, mas seus efeitos variam, dependendo do papel atribuído à tecnologia.

Enquanto, por um lado, os sistemas de informação computadorizados obscurecem o conteúdo do trabalho ou aumentam a distância entre o indivíduo e o objeto do trabalho, por outro, permitem informar o ambiente de trabalho, oferecendo visões ricas do trabalho e oportunidades de desenvolver capacidades intelectuais (CHOO, 2003).

Por fim, verifica-se a característica de que o conhecimento organizacional é contestável, em virtude de seu tom político. Conforme explica Choo (2003), o fato de o conhecimento ser, em muitas situações, um recurso de poder nas organizações, faz com que ele termine por adquirir uma expressão política. Os sistemas de atividade são sistemas sociais, e os elementos do sistema social exercem níveis diferentes de influência.

Por isso, questões como o acesso à informação, ferramentas e treinamento, bem como a participação em comissões, diálogos e decisões, tornam-se fontes potenciais de conflito. Destarte, é inevitável a ocorrência de conflitos entre novas e antigas gerações simbólicas, entre aqueles que resolvem os problemas e entre os que vários níveis de funções profissionais e administrativas.

Tudo isso é veraz, entretanto, a par de tal sociedade, residente na Pós-Modernidade, interagindo ou entranhada, processa-se outra sociedade, cujas relações socioeconômicas exibem cariz de extrema antiguidade.

O Município de Caçador, no Meio-Oeste catarinense, é responsável

por mais de 80% da produção de tomate do Estado de Santa Catarina, com movimento financeiro superior a R\$ 50 mil por ano. Os dados impressionam e desnudam por trás deles uma figura essencial para este desempenho: o meeiro. É o trabalhador rural que vê muito pouco do dinheiro, mas é o partícipe ativo do processo, desde a colocação da muda na terra, até a colheita.

A exploração do tomate em Caçador processa-se mormente por mão-de-obra familiar ou utilizando meeiros que são remunerados através da divisão dos resultados da safra. Funciona da seguinte forma: a pessoa é contratada para cuidar de um número pré-determinado de pés de tomate, do começo ao fim do período de produção. Em média, 15 mil pés cada um. Para dar conta do trabalho, o homem trabalha com a mulher e outros parentes.

Depois da colheita, o produtor paga pelo serviço, que é fracionado por caixa de tomate produzida. O valor é repartido entre os trabalhadores.

São seis meses de trabalho até o resultado final e do acerto nem sempre sobeja o suficiente para garantir a subsistência nos meses seguintes, visto que boa parte da renda é comprometida em compras efetivas ao longo do período. Mesmo assim, o serviço continua sendo um atrativo e traz todos os anos famílias inteiras para Caçador.

Uma vez que o tomate se constitui em cultura de risco, muito poucos conseguem amealhar pecúnia para depois retornarem para suas cidades, com economias. A agricultura Helena Marques, 33 anos, deixou Ponte Serrada há três anos para trabalhar nas lavouras de tomate. Esperava resultado melhor, contudo, neste período, apenas conseguiu comprar alguns móveis e roupas para as crianças.

Ela, o companheiro Newton César das Neves, 21 e os quatro filhos estão desde o mês setembro morando na localidade de Cerro Branco. A família é responsável por 12.200 pés de tomates.

A esperança de Helena, que está grávida de nove meses é conseguir dinheiro o suficiente nesta messe para aquisição de uma residência. Não importa o lugar. Contudo, ela reconhece os escolhos à aspiração. “Na última safra, tiramos R\$3.380,00. Aí fomos pagando uma coisa e outra, pagamos o peão que ajudou e sobrou um pouco para comprar umas coisas para dentro de casa. A casa mesmo ainda não deu”, conta ela, que morava na cidade, mas vendeu a casa para tentar a sorte no tomate.

Agora, ela espera contar com a solidariedade do proprietário das terras, para deixá-la morar na casa depois da safra terminar. “Não temos nada. Se o dono não deixar ficar nas terras, não temos para onde ir”. Dinheiro para ir vivendo até o acerto, no final da safra, a família não tem. Nem mesmo existe o enxoval da criança que pode nascer a qualquer momento. “Difícil mesmo é enfrentar a lida. Para os meus filhos eu não quero isso. Quero que eles estudem e encontrem um serviço melhor”.

Em situação parecida com de Helena vive o meeiro Luiz Carlos Ribeiro, 38 anos, que veio de General Carneiro (PR). Ele, a mulher Maria Aparecida Neves, 42 e os nove filhos também vieram tentar a sorte no tomate. Dos filhos, o mais novo tem dois anos e o mais velho 14. Eles moram há seis anos em Caçador e é a segunda vez

que laboram na atividade.

Na primeira safra, foram somente dívidas. “Não deu nada. Ficamos com as despesas. Mas esperamos que este ano a produção seja melhor”, revela. Nos outros meses do ano, Ribeiro é catador de papel e aluga um habitáculo na cidade para morar. A aquisição de uma residência também se constitui no grande sonho da família. “Se não der este ano, vamos tentar de novo o ano que vem. Não posso desistir”, completa.

Os meeiros labutam, em média, até 12 horas por dia, nos períodos de messe. Por via de regra, o labor se prolonga até que a luz do dia existir. Ninguém curte necessidades basilares, porque os trabalhadores utilizam vales compra para adquirirem comida, em mercados indicados pelos donos das terras.

Há três anos, a Delegacia Regional do Trabalho (DRT) vem fazendo reuniões com os produtores e orientando sobre a necessidade normatizada de se registrar em carteira, o trabalhador temporário. “Já houve muitos avanços neste sentido. Antes era somente o contrato de parceira. Hoje, a maioria está devidamente registrada, com pagamento em folha”, destaca o auditor fiscal da DRT de Caçador, Sílvio Córdova.

No entanto, ainda se verificam problemas crônicos, como, à guisa de exemplo, o atrelamento antecipado em dívidas. Todos os entrevistados confirmaram que para a compra de comida, não há liberação de dinheiro em espécie, apenas vales-compras. Quando se precisa de remédios, são liberados os vales de farmácia. “Essa é uma prática ilegal porque fere o direito da pessoa escolher onde ela quer comprar. Estamos tentando mudar esta situação também, mas sabemos que não será uma tarefa fácil. Há poucos fiscais para inibir a prática, mas aos poucos, acredito que isso vai mudar. Uma grande parte de produtores já faz o pagamento mês a mês”.

Na escola isolada Joaquim Nabuco, de 1ª a 4ª série, na linha Aliança, dos 17 anos, 13 são filhos de meeiros. A Profª Fátima Aparecida Castilho, 47 anos, conta que os alunos vêm de diversas regiões do Paraná e com diferentes níveis de aprendizagem, o que dificulta bastante o trabalho. “Normalmente, tenho que começar o zero, começar a alfabetizar, porque a maioria chega aqui e não sabe nem o básico”, relata ela. Os alunos começam a chegar em meados do ano letivo e lotam a pequena sala de aula, onde a professora trabalha paralelamente com as quatro séries.

Crianças com distorções idade-série abundam nas escolas isoladas nesta época do ano. “Tenho alunos aqui com 14 anos que estão na 4ª série e ainda com dificuldades de aprender”, explica. Ademais do processo de alfabetização, a professora também faz às vezes de psicóloga porque, segundo ela, muitas crianças vêm de famílias desestruturadas, enfrentando junto a mudança repentina de lugar.

O aluno César Terreiro tem 13 anos e é o mais novo aluno da 4ª série da escola Joaquim Nabuco. Ele nasceu em Astorga (PR), mas tem um carregado sotaque paulista. “Antes de vir para cá, a gente estava no interior de São Paulo na colheita do café”, conta. A família dele divide o ano conforme as safras, vivendo em diferentes regiões e, pela primeira vez, tentam a sorte no tomate.

CONCLUSÃO

Enfim, “Brasil, Terra de Contrastes”.

REFERÊNCIAS

CALDAS, Ricardo W.; AMARAL, Carlos Alberto A. **Mudanças, razão das incertezas**: introdução à gestão do conhecimento. São Paulo: Cla, 2001.

CHOO, Chun Wei. **A organização do conhecimento**: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões. São Paulo: Senac, 2003.

LAPA, Eduardo. **Gestão do conteúdo**: como apoio à Gestão do Conhecimento. Rio de Janeiro: Brasport, 2004.

NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. **Criação de conhecimento na empresa**: como as empresas japonesas geram a dinâmica da inovação. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

SANTIAGO JR., José Renato Sátiro. **Gestão do conhecimento**: a chave para sucesso empresarial. São Paulo: Novatec, 2004.

ZABOT, João Batista M.; SILVA, L. C. Mello da. **Gestão do conhecimento**: aprendizagem e tecnologia, construindo a inteligência coletiva. São Paulo: Atlas, 2002

DEMOCRACIA E DELIBERACIONISMO: UM DEBATE NECESSÁRIO EM TEMPOS DE CRISE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Data de submissão: 28/03/2020

Data de aceite: 06/05/2020

José Elias Domingos Costa Marques

Instituto Federal de Educação, Ciência e
Tecnologia de Goiás
Goiânia - GO

<http://lattes.cnpq.br/8158562235292503>

Renato Gomes Viera

Universidade Federal de Goiás – Faculdade de
Educação
Goiânia – GO

<http://lattes.cnpq.br/8864553603140803>

Gustavo de Faria Lopes

Instituto Federal de Educação, Ciência e
Tecnologia de Goiás
Goiânia - GO

<http://lattes.cnpq.br/2351808724000505>

RESUMO: No campo do debate político nas democracias ocidentais, a perspectiva deliberacionista vem ocupando um lugar de destaque na agenda de discussão sobre teoria democrática. Os teóricos deliberacionistas buscam acionar, enquanto agenda, a ideia da viabilidade dos cidadãos deliberarem sobre questões políticas de interesse público, envolvidos num ambiente de troca de razões públicas e respaldados pela liberdade e igual oportunidade de participação, tendo como

resultado a coesão interna entre negociações, posicionamentos coletivamente legitimados e amadurecimento das representações de justiça social. O presente artigo objetiva debater esta temática a luz de algumas contribuições elementares apresentadas dentro do campo da ciência política, no intuito de delinear analiticamente os impulsos emancipatórios presentes nas propostas de fomento as redes de procedimentos comunicativos e aprimoramento das apreciações coletivas de questões políticas e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia Deliberativa. Estado Democrático. Teoria Democrática.

DEMOCRACY AND DELIBERACIONISM: A REQUIRED DEBATE IN TIMES OF POLITICAL REPRESENTATION CRISIS

ABSTRACT: In the political debate in Western democracies, the deliberationist perspective has been occupying a prominent place in the discussion agenda on democratic theory. The deliberationist theorists seek to trigger, as a political agenda, the idea of the viability of citizens to deliberate on political issues of public interest, involved in an environment of exchange of public reasons and supported by freedom and equal opportunity of participation, resulting in internal cohesion between negotiations, collectively legitimized positions and maturing

of social justice representations. The present article aims to debate this theme in the light of some elementary contributions presented within the field of political science, in order to analytically delineate the emancipatory impulses present in the proposals for fostering the networks of communicative procedures and improving collective assessments of political and social issues.

KEYWORDS: Deliberative Democracy. Democratic State. Democratic Theory.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a perspectiva de democracia deliberativa assumiu uma posição de destaque na teoria democrática, empreitando-se em conferir ao cidadão o papel essencial no processo de construção de propostas políticas. Mesmo em face das diversas concepções acerca dos significados do deliberacionismo, holisticamente podemos apresentar a democracia deliberativa enquanto um formato de justificação do poder político orientado na troca de razões públicas entre cidadãos livres e em condições iguais de participação. Para os defensores desta proposta, o exercício da cidadania deveria se estender para além dos limites do processo eleitoral, pela demanda da participação efetiva e constante na construção do diálogo crítico sobre questões valorativas e normativas de interesse comum. No Brasil, ingredientes deste modelo de democracia ingressam formalmente no cenário político com a adoção de elementos participacionistas na Constituição de 1988, através da imposição de organização de inúmeros conselhos e órgãos colegiados (PRADO; MENEZES, 2013).

Ao impulso deliberativo, soma-se o intenso debate em torno dos problemas enfrentados pela representatividade nas democracias liberais. Da progressiva perda da identificação entre representantes e representados e distanciamento da representatividade política legitimada dentro da esfera de opinião pública, o cotidiano das democracias orquestradas dentro da representação política vê-se envolvido nos dilemas de arbitrariedades frias e distanciadas, onde em diversas situações a *práxis* política distancia-se, enquanto método de execução das atividades democráticas, do cotidiano sensível das pessoas.

Concretamente, é precoce sustentarmos diagnósticos apocalípticos de que o modelo representativo está chegando ao fim, levando-se em conta as metamorfoses do modelo pelas transformações sistêmicas em seu *modus operante* (MANIN, 1995). Os sistemas representativos resistem institucionalmente através da superação do desarranjo estrutural pela reorganização dos seus fundamentos de legitimação social (NOGUEIRA, 2014). O desafio da quebra do paradigma que associa a incorporação das pessoas nas decisões da vida pública vinculada umbilicalmente com a demanda da representatividade surge exatamente da proposição de mecanismos de gestão social que efetivamente dialoguem propositivamente enquanto alternativa política. As reflexões sobre o deliberacionismo possuem justamente este objetivo. Neste sentido, buscaremos neste artigo levantar algumas ponderações analíticas sobre este modelo de democracia, partindo de algumas referências seminais, no escopo inclusive das

projeções críticas que a temática desperta.

Democracia e Deliberacionismo: um debate necessário em tempos de crise da representação política

A proposta democrática carrega consigo um fardo positivo, característico de propostas tematicamente atraentes: sua flexibilidade epistemológica, somada às imensas (e intensas) possibilidades finalísticas. Debater o deliberacionismo enquanto perspectiva teórica democrática constitui-se num desafio interessante, menos por ela (democracia) ser uma forma de governo legitimada e norteando politicamente diversos Estados do mundo¹, e mais por possibilitar a reflexão de como alimentar a demanda do suprimento da velha máxima democrática do governo *pelo* povo.

A deliberação compor-se nominalmente com a democracia lhe credencia enquanto uma ferramenta alternativa de diversas empreitadas críticas em resposta às teorias que buscam reforçar o caráter instrumental e privado da política, a exemplo do elitismo democrático competitivo e de vertentes pluralistas. Como argumenta Silva (2004), este ideal democrático, definido em termos de agregação de interesses ou preferências em decisões coletivas sob os auspícios de instrumentos como eleições, votações e princípios como a representação, vem sendo ofuscado por uma concepção mais inclusiva, participativa de democracia, ancorada na ideia da maior inserção dos cidadãos nos assuntos de interesse do coletivo. Temos na década de 1990 a chamada “viragem deliberativa”, uma concepção de democracia que busca apresentar uma alternativa distintamente deliberativa

Ao paradigma demo-liberal no quadro hodierno em que vivemos nesta viragem de século marcado por um sistema capitalista crescentemente transnacional, por sociedades nacionais cada vez mais interligadas entre si, e por um sistema cultural que coloca em confronto tradições provenientes dos mais variados pontos do globo (SILVA, 2004, p. 02).

Essencial frisar que o termo *deliberação* não repousa num uníssono parecer terminológico. Podemos pensar no deliberar enquanto um ato de tomada de uma decisão num cenário requerendo um lépido posicionamento ou sentença, ou como um processo reflexivo elaborado e mais delongado, buscando aperfeiçoar as compreensões dos indivíduos que compartilham determinada realidade, passível ou não este processo de uma decisão final (MANIN, 1987). Cooke (2009), em sintonia, sugere a deliberação como sendo uma troca de argumentos livre de constrangimento que envolve o uso prático da razão e sempre leva potencialmente à transformação de preferência. Nas ideias apresentadas, fica nítido o pilar propositivo da democracia deliberativa de descentralizar a esfera da reflexão e decisão política. Entretanto, Gutmann e Thompson (2007) reforçam que a democracia deliberativa não especifica, por si só, um único processo para se alcançar uma decisão final, ao passo que, a deliberação, também em si, deve terminar em uma decisão. Ou seja, o ato de deliberar pode ou não ter convergências com as ideias que o conectam a esta forma inovadora

¹ *Democracy Index 2012*. Economist Intelligence Unit. Disponível em: https://portoncv.gov.cv/dhub/porton.por_global.open_file?p_doc_id=1034 . Último acesso: 20/01/2020.

de se pensar a democracia.

A discussão provocada pelos deliberacionistas invoca elementos interessantes e importantes que reforçam seu posicionamento de retomada de uma dimensão normativa da democracia. Estes elementos submergem em cinco questões constantemente levadas ao embate, sintetizadas aqui em referência à contribuição de Luchmann (2002): I-) a outorga ao cidadão o protagonismo de influenciar e decidir sobre questões de interesse público, reforçando a soberania popular; II-) os espaços públicos enquanto espaços de produção dialógica da opinião e vontade; III-) o pluralismo cultural, desigualdades sociais e complexidade social sendo resgatados enquanto variáveis importantes no (des)equilíbrio democrático; IV-) o formato da dinâmica institucional; V-) o papel do Estado e dos atores políticos na relação com o fomento de esferas públicas deliberativas e implementação de medidas nascidas de processos deliberativos.

Quando Álvaro de Vita (2004, p. 107) expõe que uma das principais razões para o amplo crescimento da literatura sobre democracia deliberativa busca responder a questão de quais condições esperar da democracia para que ela produza resultados políticos justos, inevitavelmente podemos ser levados a aludir a noção de democracia deliberativa enraizada num ideal intuitivo, como sugere Bohman (2009). Concordamos com esta assertiva, na medida em que as perspectivas teóricas deliberacionistas buscam dar forma e contornos de viabilidade a uma concepção inovadora de democracia. Inovar não na linha argumentativa de Bobbio (2000), reforçando uma tentativa de justificar a crise da democracia representativa pelo seu distanciamento entre uma concepção ideal de representação e sua aplicação prática, mas de definitivamente trazer a sociedade civil (e não somente um corpo político eletivo) no cerne das demandas de resolução de problemas coletivos por meio da troca de razões num cenário de intensa publicidade e liberdade.

Se aceitarmos o veredicto do propósito da concepção de democracia deliberativa em determinar um conjunto de procedimentos e disposições para os cidadãos arquitetarem juízos a respeito de questões políticas fundamentais, amparados pela aceitabilidade racional, podemos chegar a conclusão que o interesse nesta fórmula concentra-se mais nos processos formais e informais de discussão e argumentação pública do que propriamente (e simplesmente) o processo decisório, o ato final da tomada de decisão. Ou seja, mais nos “processos de formação e transformação das preferências, e menos nos mecanismos tradicionais de agregação de preferências” (WERLE, 2004, p. 137).

Avritzer (2000) delimita com precisão esta relação entre a prática democrática e o processo deliberativo, dividindo-as analiticamente em duas formas distintas: o modelo decisionístico e o modelo que utiliza o significado etimológico do conceito de deliberação, baseada na ideia de transposição do cenário da decisão para a argumentação. O modelo decisionístico privilegia o aspecto decisório no interior do processo deliberativo². E temos em Max Weber a expressão antecipada referencial, em

² Uma referência clássica os postulados de Jean Jacques Rousseau no tratamento do processo da formação da vontade geral.

dois pontos, do ceticismo atravessado pela democracia na primeira metade do século XX: a complexidade administrativa, sendo contraditória tanto em relação à participação quanto à argumentação; e a descrença de debates imersos em complexas e distintas tradições culturais. Uma crise de legitimidade democrática num contexto de crise entre Estados em disputa neocolonial abastece a propulsão elitista da modelagem democrática. Avritzer destaca dois importantes teóricos neste cenário: J. Schumpeter e Antony Downs.

Schumpeter, incorrendo conceitualmente numa ótica reducionista do modelo democrático, esta visível no clássico *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (1984), postula a inviabilidade de se pensar a democracia considerando a exaltação de dois dos pilares da teoria política clássica: a noção de bem comum e de soberania popular. O prisma multifacetado e quase sempre não convergente dos interesses individuais justifica a descrença na construção do bem coletivo, comum. E o despreparo político do indivíduo para lidar com questões de interesse público justifica a impossibilidade de raciocínio na direção da busca de uma vontade política coletiva. Elegeríamos assim representantes políticos para compensar o distanciamento e o pouco senso de realidade no campo da política, sugerindo a democracia como um “arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas” (SCHUMPETER, 1984, p.304), ou seja, um método político onde predomina o governo aprovado pelo povo e a livre competição pelo voto livre.

Neste sentido, Avritzer aponta dois elementos do decisionismo deliberativo que serão reforçados pelas formulações schumpeterianas: a rejeição de formas públicas de discussão e argumentação e a identificação das práticas decisórias com o processo de seleção de governantes. Assim como Schumpeter, Avritzer destaca as contribuições de Anthony Downs nestas formulações visando à reconstrução da teoria democrática e que irão implicar na acentuação dos elementos anti-deliberativos. Para Downs (1956 *apud* AVRITZER, 2000) os indivíduos nas sociedades democráticas possuem duas qualidades que os enquadrariam enquanto seres racionais: a capacidade de formar um *ranking* de preferências e de arrolar estas preferências com as propostas políticas feitas na sociedade pelas elites políticas. Assim, o elemento argumentativo do processo deliberativo é substituído por um elemento decisionístico: o voto de acordo com uma preferência individual e pré-formada. O cidadão, buscando sempre uma finalidade racional ótima, tentaria utilitariamente maximizar suas preferências enrijecidas que dificilmente mudariam dentro de um processo político.

O resgate da figura do cidadão livre e igual enquanto protagonista no gerenciamento dos assuntos públicos será paulatinamente moldado em iniciativas seminais a partir da década de 1970, em especial num contexto marcado pela influência da *Teoria da Justiça* de John Rawls, publicado em 1971, bem como o impacto da ética do discurso de Jürgen Habermas em *Teoria da Ação Comunicativa*, publicado em 1981. Mas porque resgate? Justamente porque há no presente uma construção mais sistemática de diversas iniciativas temáticas em teoria política que, no passado, também se preocuparam com esta questão resgatada, como Aristóteles, Rousseau, Kant, Arendt, dentre outros (SILVA, 2004). Enxerga-se então nas últimas

décadas a democracia para além de um procedimento ou método, na esteira de uma prática social na qual se articula uma nova gramática de organização de sociedade que permite a redefinição dos vínculos sociais e a inclusão de novos temas e atores no cenário participativo.

Embora tenha como filiação teórica o modelo liberal, o norte-americano John Rawls (1997) identifica a plena transformação da justiça política atrelada com o atendimento irrestrito a critérios de justiça social. A igualdade, neste sentido, deveria atravessar a tabula da garantia dos direitos frente ao desnivelamento dos menos favorecidos socialmente³, em termos de posses, oportunidades, autoestima. O postulado presente no livro *Uma teoria da justiça* alimenta a sugestão de igualdade distributiva em seu liberalismo igualitário. Soares (2008) identifica na proposta rawlsiana, de caráter deontológico, uma priorização na identificação de princípios em relação a uma concepção específica de bem. Assim, segundo o autor, descarta-se a possibilidade de consenso quanto ao conjunto de valores a ser adotados, privilegiando-se uma percepção pluralista das concepções próprias de cada agente. Todavia, na concepção rawlsiana, a justiça social deve fundar-se não em um bem especificamente reconhecido como desejável, mas em procedimentos que possam ser aceitáveis por todos.

Rawls reconhece a complexidade social na qual vivemos, salientando que já não é mais possível invocar um conjunto de valores compartilhados para resolver conflitos. Se a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento, alcançar os princípios de justiça alegoricamente se ancora no experimento mental de uma suposição contratual que ele denominou “posição original”. Nesta situação, seria plenamente viável um acordo entre os indivíduos acerca de princípios de justiça, justamente porque destes (indivíduos) seriam subtraídas suas convicções substantivas e posições sociais, trajados no que Rawls denominou como “véu da ignorância”.

Rawls acredita que a sociedade, regulada por uma concepção política de justiça, deveria objetivar sempre promover os justos termos de cooperação entre seus membros. Uma sociedade bem-ordenada, caracterizada por esta justiça como equidade, seria aquela na qual todos ratifiquem e saibam que os outros ratificam os mesmos princípios de justiça, sob a regência de instituições sociais básicas contemplando estes princípios. É um contraponto à perspectiva utilitarista e seu descrédito na possibilidade de se pensar na reciprocidade no trato entre os homens e a confiança nas instituições sociais que preservam a sociedade como um empreendimento de cooperação.

Uma sociedade bem-ordenada também é regulada por sua concepção pública de justiça. Esse fato implica que os seus membros tem um desejo forte e normalmente efetivo de agir em conformidade com os princípios da justiça (...) Quando as instituições são justas (da forma definida por esta concepção), os indivíduos que participam dessas organizações adquirem o senso correspondente de justiça e o desejo de fazer parte para mantê-las (RAWLS, 1997, p. 504)

³ Rawls distingue os socialmente favorecidos (*better off*) dos desfavorecidos (*worstoff*), cabendo aos primeiros a sensibilização ante o equilíbrio social pela maximização da busca de um equilíbrio social, por meio de mecanismos legais e intensos de distribuição de renda e oportunidades.

Pensando na questão da democracia, o eixo de conexão entre parte *Uma Teoria da Justiça e Liberalismo Político* (2000) parte de um prisma de revisão e complementação. Souza (2009) afirma que no *Liberalismo Político*, Rawls procura consertar o que seria uma aparente incompatibilidade entre o pluralismo de valores e a visão apresentada em *Uma Teoria da Justiça*, ao reformular sua proposta, nos termos de uma concepção especificamente política de justiça, e não de uma doutrina moral abrangente. Avritzer (2000) afirma que foi de fundamental importância algumas mudanças de posicionamento analítico entre uma obra e outra. Para ele, a teoria rawlsiana passa de uma visão do conflito societário sendo o conflito de interesses entre indivíduos iguais para a suposição de que o problema central das sociedades contemporâneas é o da diferença de concepções entre os indivíduos acerca dos seus valores e concepções morais (p. 33).

O liberalismo político objetiva uma concepção política de justiça constituída de algumas características elementares. Ela precisa se aplicar às instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e ao mesmo tempo figurar enquanto uma concepção pertinente a estrutura básica, não se envolvendo com qualquer outra doutrina. Deve, enfim, ser enunciado por meio de certas ideias fundamentais vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. Os princípios de justiça precisam ser decididos publicamente, estando a deliberação pública imersa no cerne da razão pública⁴. Assim, as pessoas possuem direitos iguais em um sistema de liberdade geral, estes adequados às liberdades fundamentais no plano da igualdade, como liberdade de pensamento, política e garantias de integridade física. E a existência de desigualdades econômicas e sociais implica necessariamente em satisfazer duas condições, segundo Rawls: devem estar ligadas a posições e cargos as quais não haja restrição de acesso ou desnível de oportunidades; e sempre deve ser para o benefício dos menos favorecidos socialmente.

A natureza prática da justiça como equidade revela em Rawls a faceta da possibilidade de integração do cidadão na partilha da concepção de justiça via acordo político pensado, informado e voluntário. É uma razão partilhada independente, mas suscetível de um consenso sobreposto, ou seja, de um consenso de sobreposição de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis. Rawls acredita na sociedade como um sistema equitativo de cooperação, esta orientada por regras e procedimentos reconhecidos publicamente e aceito pelos membros cooperantes, endossados por termos justos de cooperação (justos com base na ideia de reciprocidade de benefício e compreensão dos termos postos).

Assim como Rawls, Habermas (1995) analiticamente também reconhece os dilemas democráticos em uma sociedade plural marcada pela imanência constante

4 “Razão pública é a razão dos cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição (...) A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão dos seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadania igual. O objeto desta razão é o bem público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir” (RAWLS, 200, p.262).

da disputa por posições e pontos de vista. Como alçar pontos de convergência que fomentem o reconhecimento moral, de igualdade e liberdade entre os indivíduos para a formação de uma comunidade política? Habermas, dialogando diretamente com dois modelos normativos de democracia (liberalismo e republicanismo) irá propor um terceiro modelo normativo, fundamentado essencialmente na sua natureza deliberativa⁵.

A diferença no papel do processo democrático. Esta é, segundo Habermas, a diferença decisiva entre as concepções liberalistas e republicanas. Na concepção liberal o processo democrático tem a missão programática de atrelar o Estado ao interesse da sociedade, estruturado tal como uma economia de mercado (relações entre pessoas privadas e trabalho social), sendo o papel da política⁶, de forma mediadora, submeter aos interesses sociais privados num aparato estatal preparado para garantir fins coletivos. A concepção de política no republicanismo é mais abrangente. De inspiração Hegeliana, Habermas visualiza nesta concepção a política como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético e fornece as ferramentas para que os indivíduos reconheçam sua demanda de reciprocidade e vida coletiva, possuindo toda esta coletividade direitos livres e iguais. A concepção republicana é acrescida do elemento da orientação para o bem comum (sustentado pela solidariedade) como, junto com o Estado e o mercado, uma terceira fonte de integração social. Habermas reconhece o primordial papel desta concepção na transformação da política: o papel estratégico que assume o espaço público e sua relação com a sociedade civil, no sentido de sua autodeterminação e desvinculo dos influxos centrípetos da intervenção estatal e do mercado.

O contraponto de Habermas às duas concepções é o que ele denomina de teoria do discurso, mais especificamente a *democracia discursiva*. Na realidade, ele afirma que ambos os modelos podem entrelaçar-se, ou seja, a política dialógica e a política instrumental se convergindo no campo das deliberações, desde que haja suficiente institucionalização das formas de comunicação. Habermas enxerga a necessidade do deslocamento dos eixos comunicativo para redes de comunicação na esfera pública, trazendo à tona a “intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento” (HABERMAS, 1995, p. 48), onde a comunicação não possui um sujeito ou um pilar regulatório, e a vontade e opinião (informal) deságua em decisões eleitorais e legislativas, pelo poder da comunicação em rede. O ponto chave nesta questão é a autonomia do espaço público, distintos quanto à visão, metas e objetivos da administração pública e do sistema econômico.

A integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. (...) A formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isto tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida (HABERMAS, 2002, p. 84)⁷.

5 Este diálogo entre os modelos está bem e concisamente apresentado no texto “*Três modelos normativos de democracia*” Lua Nova. 1995, n.36 pp39-53.

6 Habermas destaca que este seu papel refere ao “sentido da formação política da vontade dos cidadãos” (1995, p. 39).

7 A abordagem de Habermas fortalecendo as redes de comunicação no seio da sociedade civil

Habermas (2002) diagnostica as redes complexas oriundas de diferentes campos políticos que se interpõem entre administrações pública e organizações privadas / grupos de interesse. Estas redes formam sistemas de negociação que, tematizando sobre problema sociais, colocam exigências políticas, articulam interesses e influenciam na proposição ou diálogo crítico sobre propostas de lei. O filósofo salienta que estas associações são fontes formadoras de opinião e compõem a infraestrutura civil como resposta a uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa. É uma composição verdadeira de um complexo periférico de fluxo comunicacional.

Neste sentido, Habermas desenvolve um potente arsenal teórico propagando o fortalecimento da soberania popular como procedimento. Mas não no sentido postulado por Rousseau, que acreditava em uma homogeneização das vontades individuais pela vontade geral pela sua respectiva supressão, justamente porque Habermas reconhece a pluralidade das sociedades complexas e o requisito democrático do reconhecimento das diferenças e tolerância numa política justificada pela razão. A soberania popular (formação democrática da vontade) é o resultado da troca de razões no espaço público a partir do anseio e da perspectiva livre de cada um. A comunicação é um catalisador deliberativo no processo de formação da opinião pública.

A evolução da teoria deliberativa é estruturada pela oposição entre as teorias do liberalismo constitucional, influenciado por Rawls, que incidem sobre a proteção dos direitos e teorias da democracia radical individual influenciados por Habermas, que dão prioridade para o exercício irrestrito da soberania popular. Se versões diferentes de democracia deliberativa buscam uma tentativa de conciliar a proteção dos direitos e da soberania do povo, o debate é, naturalmente, a natureza da democracia.

O debate recente acerca da democracia deliberativa vem ganhando corpo com um conjunto de análises que trazem novos elementos para a discussão. Luchmann (2002) aponta as principais ideias levantadas na atualidade, onde destacamos: o resgate da ideia de soberania popular, onde os cidadãos não somente influenciam como também decidem sobre questões de interesse público; o Estado ter seu poder outorgado pelas decisões da sociedade civil; na complexidade social, o reconhecimento do pluralismo cultural e das desigualdades sociais; e por fim o caráter dialógico dos espaços públicos enquanto formadores da opinião e da vontade. No conglomerado de contribuições analíticas, destacaremos alguns autores centrais referências na consolidação do debate sobre elementos abordados.

Uma preocupação essencial de um destes autores, Joshua Cohen (1998), está nas condições para existência da plena liberdade e igualdade dos indivíduos enquanto combustível para uma deliberação plenamente legítima. Para o autor, a democracia deliberativa tem como requisito a prerrogativa de garantir a plena pluralidade nas condições legais de participação, sem qualquer forma de restrição sociocultural. A inclusão deve ser total, garantindo que todos tenham plenos direitos em todos os aspectos no que concerne a garantia plena de uma troca de razões pública e livre. E é papel das instituições qualificar os métodos e as condições para a ocorrência definitiva permeará quase toda sua produção acadêmica que enfoca a projeção do modelo democrático deliberativo. Trecho extraído do livro **Direito e democracia: entre a faticidade e a validade** (2002).

da deliberação pública.

Mas como trabalhar a questão do bem comum, enquanto compromisso dos cidadãos para garantir a prioridade dos interesses coletivos? Cohen (2009) reconhece a dificuldade em trabalhar uma solução plausível para esta problemática, acreditando na mescla de uma solução ideal, que consiste no comprometimento dos membros de uma associação deliberativa em resolver suas diferenças, provendo as razões as quais eles esperam ser persuasivas aos outros que compartilham seu compromisso; e numa resposta baseada na demanda sobre os efeitos da deliberação nas motivações dos participantes, onde estes estarão propensos a buscar um acordo razoável em sinergia com a demanda de justiça social. O que determinaria o bem comum seria a livre expressão, porque “o que é bom é determinado pela deliberação pública, e não dado previamente a ela”(p.102).

O expoente procedimentalista de Rawls, Habermas e Cohen vem sendo alvo de críticas por alguns teóricos deliberacionistas, que acreditam que os princípios da deliberação restritos somente aos processos não fornecem os caminhos para que se garanta efetivamente os padrões de justiça ou racionalidade. Afinal, não há o risco de procedimentos justos produzirem resultados injustos?

Dryzek (2004) irá questionar Cohen quanto à plausibilidade da efetiva concretização destes resultados democraticamente legítimos enquanto acordo livre e ponderado entre iguais, dizendo que o referido autor coloca muito bem os problemas em termos de direito para deliberar, mas não aponta os caminhos para o exercício efetivo deste direito. A proposição de Dryzek recai em uma abordagem baseada na concepção de democracia discursiva que enfatiza a competição de discursos na esfera pública.

O autor propõe um exercício de reflexão sobre o formato de uma arena deliberativa, composta não são somente de indivíduos racionais trocando argumentações, mas sim enquanto uma constelação de discursos que dão vida a estas argumentações. A melhor maneira de não liquidar as diferentes identidades em nome de uma razão pública unitária (que existe só em teoria, segundo Dryzek), é reconhecer a competição de discurso mergulhadas em muitas formas de comunicação, desde que sejam não-coercitivas, capazes de induzir a reflexão e de conectar a experiência particular de um indivíduo, grupo ou categoria com algum princípio mais geral (DRYZEK, 2004, p. 51). O que se busca nesta constelação de discursos é uma decisão coletiva consistente com a mesma, acarretando na formação de uma legitimidade discursiva.

Para Gutmann e Thompson (2009), os princípios deliberativos precisam ser tanto substantivos como procedimentais, uma vez que

Uma teoria democrática que evita os princípios substantivos para que permaneça puramente procedimental sacrifica um valor essencial da própria democracia: seus princípios não podem assegurar um tratamento dos cidadãos do modo como pessoas livres e iguais deveriam ser tratadas – ou seja, de modo justo, recíproco ou com respeito mútuo- em uma sociedade democrática na qual as leis vinculam a todo igualmente (p. 178)

Se a reciprocidade, segundo os autores, é reconhecida como princípio central da democracia, ela requer uma justificação que por sua vez requer referência a valores substantivos. Isto porque a reciprocidade garante que os cidadãos devem uns aos outros justificativas para as leis e as políticas públicas que os vinculam mutuamente e que eles coletivamente elaboram. As razões, dentro da troca processual deliberativa, precisam ser justificadas e este processo pressupõe princípios de conteúdo substantivo.

O pilar que sustenta os argumentos de Gutmann e Thompson vai de encontro com a necessidade de práticas políticas efetivamente compensatórias, quebrando possíveis inferências injustas oriundas da regra da maioria. Eles não enxergam o processo deliberativo sem os princípios substantivos, autenticando a necessidade de invocação de princípios substantivos nos fóruns públicos para justificar leis ou políticas vinculatórias.

Uma das teorias mais originais na atualidade, em termos de diálogo crítico com as proposições clássicas procedimentais, está nas contribuições de James Bohman (2009) e sua abordagem dialógica de deliberação pública. Nesta abordagem, credita-se aos cidadãos a tarefa de construção do processo de justificação baseado na cooperação e no entendimento. O interesse comum é fruto da ação coletiva, sendo que a deliberação depende tanto da *accountability* deliberativa da ação inteligível aos outros quanto do aperfeiçoamento da habilidade reflexiva de perpetuar esta cooperação.

O diálogo público viabiliza a interpretação mútua das contribuições dos participantes, mesmo onde não existe uma situação de acordo. Participar de um processo de deliberação pública é estar mais sujeito a lógica da cooperação e menos da argumentação ou discurso. A motivação do cidadão para continuar participando do intercâmbio de razões públicas, mesmo muitas vezes não concordando com as proposições ou os resultados, revela o sucesso do processo deliberativo. Nas palavras de Bohman: “a deliberação alcança sucesso somente quando cada indivíduo mantém sua distinção e o grupo mantém sua pluralidade; a coesão é somente um produto da contribuição distinta de cada pessoa” (BOHMAN, 2009, p. 68). Neste sentido, a deliberação não pertence a um ator ou um grupo unânime, já que as atividades coletivas deliberativas devem ser realizadas por sujeitos plurais, constituídos por indivíduos autônomos.

Vale lembrar o reconhecimento da teoria deliberacionista das associações e movimentos na construção do processo deliberativo democrático. Vemos em Habermas (2002) a afirmação do papel das associações da sociedade civil na construção da formação da opinião e da vontade, influenciando o poder político institucional. Dryzek (2003), por sua vez, acredita que os movimentos e organizações da sociedade civil devem se preocupar em construir espaços deliberativos críticos às instituições políticas existentes. O enfrentamento surge nos discursos contestadores produzidos na esfera civil, mas também nos exemplos bem sucedidos de práticas deliberativas, no que tange as suas práticas políticas cotidianas. Para Dryzek, os movimentos possuem munção crítica na esfera pública para promoverem mudanças na cultura política e na intervenção direta nas propostas e no discurso que envolvem execução de políticas

públicas.

O cerne da teoria deliberacionista ilumina o caminho da descentralização política de práticas deliberativas. Como bem observa Benhabib (2009), nenhuma sociedade moderna pode organizar seus assuntos segundo a ficção de uma assembleia de massa. Cabe a teoria deliberativa também direcionar o prisma analítico para uma pluralidade de modos de associação enquanto iniciativas dos cidadãos, como movimentos sociais, associações voluntárias, grupos de conscientização. Na atualidade, proliferam redes destas múltiplas formas associativas, fomentando uma “conversação pública anônima” (p. 119), que se entrecruzam e se sobrepõem. Com isso, o modelo de referência deliberativo, segundo a autora, precisa sintonizar-se com estes processos livres e espontâneos de comunicação e construção de redes associativas flutuantes na sociedade civil organizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atenção que a ideia deliberativa de democracia vem despertando nos círculos de debate visando a lapidação das formas de se pensar a democracia na atualidade carrega consigo, além das contribuições analíticas em apoio, inúmeras intervenções críticas. De Vita (2004) sugere que existe a possibilidade da existência de mais descontinuidade entre a argumentação moral e a deliberação política do que os teóricos deliberacionistas parecem dispostos a admitir. Enquanto uma crítica direta a boa parte dos teóricos procedimentalistas, o autor afirma que o critério de legitimidade que envolve a participação dos indivíduos iguais motivados a resolver seus desacordos morais com respeito a questões políticas baseadas nos melhores argumentos são independentes de procedimentos deliberativos efetivos. Além disso, ele aponta que os deliberacionistas patinam num modelo que não se enquadra numa realidade onde impera desigualdades de distribuição de recursos materiais e políticos. Partindo para a defesa de que é preciso formular melhores condições para se aprimorar a democracia competitiva, De Vita sugere que mais urgente do que formular modelos ideais de democracia está na demanda de criação de condições equitativas para que os cidadãos efetivamente participem das decisões políticas e constituam preferências informadas sobre questões-chave de política pública.

Já Przeworski (1998) trabalha com a hipótese de que o processo político deliberativo pode levar as pessoas a aderirem a crenças que não são do seu melhor interesse. Neste sentido, a deliberação acabaria sendo o resultado de uma dominação no campo ideológico. Os proponentes da deliberação se perdem em um ponto elementar, qual seja, que a maioria das discussões públicas não pretendem algo, mas significam algo. Assim, se as preferências mudam durante o trajeto deliberativo, isto ocorre porque as pessoas mudam suas crenças em diferentes direções, sendo estas crenças altamente passíveis de indução, justamente pela via da dominação ideológica praticada por agentes que detém o capital político e poder financeiro. Johnson (1998),

por sua vez, mesmo sendo um teórico com afinidade ao deliberacionismo, reconhece a dificuldade da implementação desta ideia frente a alguns importantes desafios: plausibilidade na argumentação em relação à efetiva participação dos atores políticos; aprimorar mecanismos efetivos de atuação dos cidadãos nas arenas deliberativas; considerar e melhor aferir quais os impactos socioculturais produzidos pela deliberação; habilidade de ratificar reivindicações que num determinado processo deliberativo foram excluídas; e estar mais atento no papel das associações na promoção interna e suas formas de operação junto às instituições formais do Estado.

O modelo deliberativo vem oferecendo valiosos recursos para a inclusão democrática, se levarmos em conta a possibilidade de uma sociedade realmente atuante na esfera política. Acreditamos que os caminhos rumo à deliberação vão de encontro com interesses políticos de grupos que direta e indiretamente exercem o controle institucional do processo de produção de políticas públicas. A descentralização política certamente constitui um desafio em termos teóricos e principalmente práticos, e talvez uma das pistas para o caminho investigativo seja, como sugeriu Johnson (1998) privilegiar as transformações que os movimentos e associações vem fazendo no seio da sociedade civil, fomentando incansavelmente práticas democráticas que em muito se enquadram nos modelos propostos pelos deliberacionistas.

REFERENCIAS

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua Nova, n. 49, 2000.

BENHABIB, Seyla. **Rumo a um modelo deliberativo de legitimidade democrática**. [pp.109-141]. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicacionais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

BOBBIO, Norberto, tradução de Marco Aurélio Nogueira. **O futuro da democracia**. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BOHMAN, James. **O que é a deliberação pública? Uma abordagem dialógica**. [pp. 31-84]. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicacionais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COHEN, Joshua. **Democracy and liberty**. [pp. 185-231] In: ELSTER, Jon. Deliberative democracy. New York, Cambridge. Cambridge University Press, 1998.

_____. **Deliberação e legitimidade democrática**. [pp. 85-108]. MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicacionais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COOKE, Maeve. **Cinco argumentos a favor da democracia deliberativa**. [pp. 143-174]. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicacionais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DEMOCRACY INDEX 2012. **Economist Intelligence Unit**. Disponível em: https://portoncv.gov.cv/dhub/porton.por_global.open_file?p_doc_id=1034 . Último acesso: 20/01/2020.

DE VITA Álvaro. **Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas?** [pp.107-130] In: COELHO, Vera Schattan P. Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Ed. 34, 2004.

DRYZEK, J. **Deliberative Democracy and Beyond**. Liberals, Critics, Contestations. Oxford: Oxford University, 2003.

_____. **Legitimidade e economia na democracia deliberativa** [pp. 41-62] In: COELHO, Vera Schattan P. Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Ed. 34, 2004.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa**. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, 2007.

_____. **Democracia deliberativa para além do processo**. [pp.177-206]. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicacionais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova. 1995, n.36, pp. 39-53.

_____. **Popular sovereignty as procedure**. [pp. 35-66] In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge, Massachusetts, and London: Massachusetts Institute of Technology, 1999.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 2. Rio Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

JOHNSON, James. **Arguing for deliberation: some skeptical considerations** [pp. 161-184]. In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. New York, Cambridge. Cambridge University Press, 1998.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2002.

MANIN, Bernard. **On legitimacy and political deliberation**. In: *Political Theory*, 15, 338-368, 1987.

_____. **As metamorfoses do governo representativo**. Trad. De Vera Pereira. Revista brasileira de ciencias sociais, n. 29. São Paulo: ANPOCS, 1995.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Representação, crise e mal-estar institucional**. Soc. Estado. Brasília, v. 29, n. 1, p. 91-111. Abril, 2014.

PRADO, Ana Raquel Mechlin; MENEZES, Danilo Francisco. **Governo digital: consolidando a democracia e a participação**. Encontro Internacional - Participação, Democracia e Políticas Públicas: aproximando agendas e agentes, 2013, Araraquara. *Anais...Araraquara*: Faculdade de Ciências e Letras da UNESP, 2013.

PRZEWORSKI, Adam. **Deliberation and ideological domination**. [pp.140-160] In: ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. New York, Cambridge University Press, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, Felipe Carreira da. **Democracia Deliberativa: avaliando os seus limites**. Comunicação apresentada no II Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

SOARES, Mauro Victoria. **Democracia, deliberação e razão pública: recomendações igualitárias para a democracia liberal**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

SOUZA, Pedro Herculano. **Rawls e Habermas: em Busca de uma Perspectiva Democrática Transcontextual**. *PLURAL*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 16, n. 1, pp. 11-37, 2009

WERLE, Denílson Luís. **Democracia deliberativa e os limites da razão pública**. [pp. 131-156] In: COELHO, Vera Schattan P. Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Ed. 34, 2004.

DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES

Data de submissão: 17/04/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Flávio Couto Bernardes

Professor Adjunto do Programa de Pós
Graduação da PUC Minas e da UFMG, Faculdade
de Direito

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/5769184361010463>

Almir Megali Neto

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG,
Faculdade de Direito

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/9145941939338077>

Frederico Machado Marques

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG,
Faculdade de Direito

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/4752216464689567>

RESUMO: O presente trabalho pretende contrastar a imunidade material dos congressistas garantida no rol do art. 53, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) com os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil assegurados pela Lei n. 12.965/2014. Isto é, analisaremos o atual entendimento doutrinário, bem como o entendimento exarado na jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a imunidade material de deputados e senadores com o fito de vislumbrarmos qual deveria ser o posicionamento constitucionalmente adequado quando diante da hipótese de discursos de ódio proferidos por parlamentares em suas mídias oficiais. Para tanto, partiremos da distinção entre liberdade de expressão e discurso de ódio demonstrando que o projeto constituinte inaugurado no Brasil a partir da promulgação da CRFB/88 não admite discursos de ódio como faceta de um suposto exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Demonstraremos, ainda, que uma leitura constitucionalmente adequada do direito à liberdade de expressão para exercício do mandato não deve ser exercida como obstáculo ao exercício dos demais direitos fundamentais consagrados no texto constitucional exigindo-se, assim, a responsabilização como a outra face inseparável da liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso de ódio; Estado Democrático de Direito; Imunidade parlamentar; Liberdade de Expressão;

HATE SPEECH AND FREEDOM OF EXPRESSION FOR THE EXERCISE OF THE MANDATE: FOR A CONSTITUTIONALLY ADEQUATE READING OF CONGRESSMEN'S MATERIAL IMMUNITY

ABSTRACT: This study intends to contrast the congressmen's material immunity provided in article 53 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB / 88) with the principles, guarantees, rights and duties for the use of the internet in Brazil ensured by Law 12.965 / 2014. Therefore, we will analyze the current doctrinal understanding as well as the the Brazilian Supreme Court's (STF) jurisprudential understanding regarding the material immunity of deputies and senators in order to envision what should be the constitutionally adequate position in face of the hypothesis of hate speech being proffered by congresspeople in their official media. Therefore, we will start by distinguishing freedom of expression from hate speech, demonstrating that the constituent project inaugurated in Brazil with the promulgation of CRFB / 88 does not admit hate speech as a facet of an alleged exercise of the fundamental right to freedom of expression. It will also be demonstrated that a constitutionally adequate reading of the right to freedom of expression for the exercise of the mandate should not be exercised as an obstacle to the exercise of other fundamental rights enshrined in the constitutional text, thus, requiring accountability as another inseparable face of freedom of expression.

KEYWORDS: Hate speech; Democratic state; Parliamentary immunity; Freedom of expression;

1 | INTRODUÇÃO

A difusão da internet conecta cada vez mais pessoas e, por isso, acaba sendo um importante meio de comunicação através do qual movimentos políticos e sociais divulgam suas ideias. Nesse sentido, os meios de comunicação digital operam, atualmente, como uma importante ferramenta para o exercício da cidadania ativa, elemento essencial de qualquer regime democrático. Tanto é assim que se tem assistido à edição de diversos diplomas normativos que visam reger as interações pessoais realizadas neste domínio. No recorte feito por nós, para fins deste trabalho, a nova redação dada ao art. 36-A da Lei n. 9.504/97, pela Lei n. 13.165/2015, demonstra o reconhecimento da internet como importante meio de divulgação de plataformas e programas políticos de pré-candidatos a cargos eletivos mesmo em período de pré-campanha, reconhecendo, portanto, o papel das redes sociais como canal de interação fundamental entre classe política e cidadãos.

Ressalte-se que o inciso V do art. 36-A da Lei n. 9.504/97 assegura, nos períodos pré-campanha, a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais. Dessa maneira, vê-se que o legislador ordinário se mostra sensível ao reconhecimento da internet como importante meio para o exercício do direito à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, como importante instrumento de

aproximação entre a classe política e cidadãos.

Uma vez reconhecido o importante papel de integração realizado pela internet entre cidadãos e representantes políticos, cumpre-nos agora questionar se a divulgação de plataformas e projetos políticos que propagam desprezo e ódio a determinados grupos sociais com o propósito de humilhar e ofender certos projetos de vida estaria protegida pela imunidade material dos congressistas, mesmo quando proferida via internet. Nosso projeto constituinte admitiria a propagação de discursos de ódio como faceta do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão? Estariam os discursos de ódio eventualmente proferidos por parlamentares protegidos pela garantia da imunidade material dos congressistas assegurada aos parlamentares pela Constituição? Há possibilidade de responsabilização de parlamentares que por ventura venham proferir discursos de ódio em suas mídias sociais no exercício do mandato?

São indagações que o presente trabalho pretenderá responder considerando o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a incipiente produção acadêmica sobre a matéria, assim como as exigências paradigmáticas sob a qual nossa ordem jurídico-política está erigida a fim de demonstrar que o discurso de ódio é mais do que a simples liberdade de expressão de ideias e opiniões, agindo, na realidade, como mecanismo de exclusão, opressão e silêncio de determinados grupos sociais. Logo, incompatível com o projeto aberto e inconcluso de um Estado Democrático de Direito que compreende seus diversos atores como dignos de igual respeito e consideração no marco de uma sociedade complexa, descentralizada e plural.

2 | LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS. DISCURSO DE ÓDIO

Em resposta às arbitrariedades perpetradas pelo regime autoritário anterior e ao contexto de exclusão e marginalização vivenciados por determinados atores sociais que participaram ativamente dos trabalhos da constituinte de 1987-88, a CRFB/88 consagrou extenso rol de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos. Dentre tais direitos e garantias encontra-se arrolada a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão compreendida como “a tutela constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 350-351).

Nada mais intuitivo, pois, modernamente, que a Constituição deve ser concebida como projeto aberto ao futuro, incapaz de oferecer aprioristicamente fundamento último de estabilidade e legitimidade para a ordem por ela inaugurada. É dizer, portanto, “que as Constituições vivenciem a questão da legitimidade como uma ausência de fundamento absoluto com que só podem lidar no correr do tempo histórico” (CATTONI

DE OLIVEIRA; GOMES, 2014, p. 27), mormente no contexto do nosso atual projeto constituinte erigido sob os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (art. 1º, incisos III e V, da CRFB/88, respectivamente), cujo objetivo é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária para a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, CRFB/88, respectivamente).

Nesses termos, reveste-se de importância a proteção constitucional às diversas formas de manifestação de pensamento e de expressão, pois o pluralismo é o traço distintivo do constitucionalismo democrático. Assim, a construção do sujeito constitucional será mais bem satisfeita na medida em que mais amplo for o acesso aos diversos canais de fala e aos espaços públicos de debate entre os variados atores sociais que concorrem entre si na luta pelo reconhecimento de seus projetos de vida como dignos de igual respeito e consideração.

Ao romper com a ordem autoritária anterior o projeto constituinte inaugurado pela CRFB/88 teve de lidar com o dilema de como afirmar sua própria legitimidade sem se apoiar nos elementos constitutivos da ordem jurídica, política e social que lhe antecederam, posto que comunga de propósitos distintos do regime autocrático superado ao pretender instituir nova forma de integração dos cidadãos partindo de uma perspectiva preocupada com a consolidação da democracia e do respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa maneira, é defesa qualquer pretensão que almeje, em uma realidade democrática, a propagação de discursos que pregam desprezo e ódio a determinados grupos sociais com o propósito de humilhar e ofender certos projetos de vida, excluindo-os da esfera pública de debate na qual constantemente se (re)constrói nossa identidade constitucional. A exclusão de atores determinantes para a construção da identidade constitucional do próprio processo de (re)construção dessa identidade equivale à própria negação do texto constitucional engajado com a proteção à dignidade da pessoa humana e com o pluralismo político para construção de uma sociedade livre, justa e solidária livre de discriminações de qualquer espécie.

Pelo contrário, deve-se exigir das instituições a promoção de debates que levem realmente a sério os diversos projetos de vida concorrentes entre si na luta pelo reconhecimento de sua dignidade como elementos constitutivos de um projeto constitucional democrático.

O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 24).

Em razão de sua incompletude, a Constituição estará sempre aberta a múltiplas

interpretações, desse modo, ganha relevo a participação do cidadão no processo de construção da identidade constitucional. Aqui, cidadania é mais do que o exercício periódico do direito ao voto. Cidadania significa uma noção de participação política ativa do cidadão a partir da qual cada indivíduo é concebido como titular de direitos de participação política fundamentais. Somente assim ter-se-á a possibilidade de construção de uma esfera pública de debate inclusiva, na qual todos possam se ver como coautores das normas regentes da vida em sociedade.

Pois bem, tendo em vista o pluralismo inerente às sociedades modernas marcadamente descentralizadas, não se admite a redução do sujeito constitucional a uma única figura. Todo indivíduo forma e pertence ao sujeito constitucional cuja identidade deve ser apreendida no âmbito do debate público institucionalizado, isto é, circunscrito pelo discurso constitucional. Nesses termos, a construção da identidade constitucional será melhor apreendida quando todos os elementos constitutivos de sua identidade forem igualmente considerados e reproduzidos na construção do sujeito constitucional.

É preciso que o máximo possível de identidades encontre acolhida no processo de construção da identidade do sujeito constitucional, uma vez que o processo de construção da identidade do sujeito constitucional não pode se reduzir a uma única figura, mas, pelo contrário, deve estar sempre aberta ao futuro e às possibilidades de (re)construção.

Não obstante o perigo de se perder o chão, o sujeito constitucional não pode permanecer imóvel e muito menos se manter fixo no mito imaginário que circunda a geração dos constituintes. A redução evolutiva do sujeito constitucional conduz certamente a patologias, à medida que os antigos constructos constitucionais de ontem tornam-se mais propensos a produzir recalque ou repressão do que a promover possibilidades de emancipação. A identidade constitucional em desenvolvimento repousa, como vimos, na invenção e na reinvenção. O que não significa, no entanto, que a identidade constitucional possa ser esculpida à vontade, ou que ela se encontre fadada a permanecer arbitrária (ROSENFELD, 2003, p. 110).

Para a devida construção da identidade do sujeito constitucional é imprescindível que seja assegurado a todos os indivíduos o direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão. No entanto, como todo direito, a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão não admite absolutização, restando limitada por outros direitos e garantias igualmente fundamentais. Isto é, conforme Fernandes (2015, p. 374):

falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em um direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta.

Por isso, deve-se coibir que sejam proferidos discursos de ódio como uma faceta

do legítimo exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão. É que “a proteção a liberdade de expressão, principalmente no que se refere à incitação ao ódio, é confrontada com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana” (Fernandes, 2015, p. 378).

O discurso de ódio é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia da liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos (MEYER-PFLUG, 2009. p. 97).

O discurso do ódio, portanto, surge quando nos utilizamos da linguagem, inicialmente assegurada pela liberdade de expressão, mas atribuímos um sentido ao discurso que nega ao outro o reconhecimento deles enquanto merecedores e detentores de iguais direitos (POTIGUAR, 2014, p. 29).

Não há como conceber manifestações que excluam o outro como sujeito de direito digno de igual respeito e consideração no marco de um Estado Democrático de Direito, pois por meio de tais discursos cria-se “na sociedade um conceito pré concebido desses grupos, mais se aproximando de um verdadeiro ato violento promovido por meios discursivos e que em nada se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito” (POTIGUAR, 2014, p. 41).

Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem (SENNETT, 2004. p. 18).

Utilizados com o propósito de ameaçar, humilhar e ofender determinados projetos de vida pelo simples fato de aqueles serem distintos dos compartilhados por determinada parcela da população, os discursos de ódio, na verdade, atuam como instrumento silenciador das vozes menos ouvidas na sociedade. No entanto, “esses discursos silenciadores devem ser silenciados para permitir que todos participem do debate” (POTIGUAR, 2014, p. 80).

Sendo forma de exercício ilegítimo do direito fundamental à liberdade de expressão, deve-se considerar os elementos constitutivos do caso concreto para se aferir a prática ou não de eventual discurso de ódio. É que em um momento pós giro hermenêutico reconhece-se que as palavras não possuem um sentido que lhes seja próprio, sendo imprescindível, assim, o trabalho do intérprete para atribuição de sentido a um determinado ato de fala. Não se trata mais, como antes, da busca do significado imanente à palavra, pois agora não temos o olhar, mas, todavia, um olhar que é sempre condicionado pelas experiências do sujeito que interpreta. Esvai-se, dessa maneira, a busca pela intenção daquele que fala para configuração de um discurso ofensivo a determinado grupo. O sentido é atribuído ao discurso nas circunstâncias em que o mesmo fora proferido segundo os usos de determinado contexto.

O contexto, desta feita, é um dos pontos determinantes na identificação do discurso do ódio, pois é ele quem permite, entre outros instrumentos, distinguir uma manifestação constitucionalmente protegida de uma ofensa perpetrada por meios discursivos (POTIGUAR, 2014, p. 29).

A partir de então, através do médium linguístico é que se torna possível a compreensão do mundo por meio de uma relação intersubjetiva, ou seja, sai de cena a noção da ciência iluminista crente na razão pura e objetiva do homem que traçava os limites da interação sujeito/objeto e, por sua vez, entra em cena uma interação sujeito/sujeito necessariamente mediada pela linguagem. O sentido de um termo não pode se dar apartado do contexto no qual fora proferido, de forma apriorística. Em outros termos, não basta o conhecimento das regras gramaticais do uso de um termo, mas, antes de tudo, para a real compreensão de seu sentido torna-se necessário estabelecer uma conexão entre realidade e linguagem, uma vez que uma afirmação está inserida em um determinado contexto compartilhado pelos interlocutores.

É que os falantes almejam estabelecer um entendimento consensualmente construído sobre algo do mundo. Por isso, a criação de métodos objetivos para se alcançar o dito entendimento sobre as coisas da vida seria inviável para as ciências do espírito. Logo, o sujeito imerso em um horizonte histórico de sentido (limite e ao mesmo tempo condição de entendimento) busca, a partir de determinada tradição, a compreensão. Ocorre uma fusão de horizontes, pois texto e intérprete passam a dividir um horizonte comum, dessa maneira, portanto, não há uma apropriação por parte do sujeito do sentido do objeto, mas sim um diálogo que opera segundo um círculo hermenêutico. Tal movimento, contudo, não é vicioso, porque tanto o intérprete quanto o objeto, no movimento de reconstrução de seu sentido, não saem do mesmo jeito que entraram.

Nesses termos, emerge a compreensão que, mais uma vez, repita-se, é algo muito maior e complexo do que a simples apreensão de um suposto sentido objetivo ou de alguma obscuridade inerente ao discurso. Para compreender adequadamente o sentido de um discurso, torna-se necessário compreendê-lo a cada instante, isto é, em cada nova situação de aplicação concreta, como um evento distinto, irrepetível e único.

Aqui é de se perguntar se discursos que propagam ódio, eventualmente proferidos por parlamentares, estariam protegidos pela imunidade material dos congressistas assegurada aos titulares de mandatos eletivos legitimamente concedidos pelo povo. Tais discursos uma vez proferidos seriam passíveis de responsabilização? Como poderia se dar dita responsabilização?

Entre nós, reveste-se de relevância se considerarmos a atual quadra da história em que é inerente ao Estado Democrático de Direito. De antemão, é preciso salientar que a imunidade material opera como garantia ao livre exercício da atividade parlamentar, que contará com uma ampla liberdade de expressão e manifestação do

pensamento, uma vez que os parlamentares terão a preservação de suas opiniões e palavras. Assim, no Brasil os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e voto (art. 53, caput, da Constituição da República de 1988).

Trata-se de garantia conquistada às duras penas quando da superação do regime autoritário pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É que com o movimento de 1964 houve um rompimento com a ordem constitucional até então vigente e o regime autoritário passou a perseguir aqueles que discordavam de seus propósitos, tendo como consequência a possibilidade de suspensão e cassação de seus direitos políticos e eventuais mandatos parlamentares.

Nesse contexto, não há a menor possibilidade de construir um regime democrático, uma vez que fatores como a subordinação de representantes legislativos à vontade do Executivo ditatorial, o cerceamento da representação dos variados setores da comunidade, a repressão violenta que praticamente extinguiu a oposição política ao regime e a redução do debate à visão oficial engajada com o esquecimento forçado, não podem servir de molde para um modelo de democracia representativa. Pelo contrário, em tal ambiente não há a menor possibilidade de construção de uma identidade constitucional preocupada com a construção da democracia e de práticas dialógicas, seja entre os Poderes do Estado, seja entre classe política e cidadãos.

Por isso, há de ser celebrada a consagração da imunidade material dos congressistas no rol do texto constitucional, pois em um regime que se pretenda democrático as decisões devem ser necessariamente tomadas quando precedidas de amplo debate e fluxo de ideias. E a imunidade concedida aos parlamentares visa justamente garantir maior liberdade para o exercício da função.

Sem dúvida, a finalidade das imunidades parlamentares é a proteção da independência do Poder Legislativo em relação aos outros Poderes e frente à própria sociedade, para que o mesmo possa desenvolver suas funções típicas e atípicas de forma adequada.

Assim sendo, eles (imunidades) visam ao desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes e, com isso, desenvolve-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, um Poder Legislativo independente reforça o princípio democrático (FERNANDES, 2015. p. 827).

E é salutar que assim o seja, principalmente quando se tem em vista o passado autoritário recentemente atravessado por nós no qual a autonomia dos congressistas era constantemente sufocada pelas forças do regime autoritário. Todavia, é preciso cuidado, pois a liberdade para o exercício do mandato não pode ser tida como direito fundamental absoluto a ponto de violar outros direitos fundamentais igualmente consagrados pelo texto constitucional. Em suma, é preciso conceber a liberdade de manifestação para o exercício do mandato bem como a imunidade material dos congressistas como partes integrantes do sistema de direitos vigente entre nós e não como mecanismos pelos quais se admita subversão à lógica garantista e protetora dos

mais variados projetos de vida.

Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso de modo relativo (ou limitado). Nesses termos, temos a afirmação da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, sendo a posição topográfica que ocupam no texto constitucional apenas um elemento circunstancial, mas nunca revelador de uma superioridade entre os mesmos.

Logo, no caso concreto em si é que se poderia verificar com segurança a extensão e os limites a serem impostos a um determinado direito fundamental (FERNANDES, 2015. p. 340).

Ocorre que a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de acobertar todas as manifestações de parlamentares proferidas dentro das casas congressuais com a garantia da imunidade material enquanto que as manifestações proferidas fora do recinto e via meio eletrônico deverão necessariamente guardar nexos de causalidade com o exercício do mandato para serem acobertadas pela imunidade material. Senão vejamos:

Ementa: QUEIXA-CRIME. PENAL. INJÚRIA. PARLAMENTAR. OPINIÕES CONEXAS AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. REJEIÇÃO DA INICIAL. A imunidade material (art. 53 da Constituição da República) protege o parlamentar, qualquer que seja o âmbito espacial (locus) em que exerça a liberdade de opinião, sempre que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela (prática in officio e propter officium, respectivamente). Precedente: Inq. 2874, Rel. Min. Celso de Mello. [...]. O exagero na utilização do vocábulo não se sobrepõe à imunidade parlamentar no que tem com o objetivo maior o exercício do mandato sem intimidações de qualquer ordem, abrangida a ação penal de caráter privado. O preceito de envergadura maior refere-se a opiniões, palavras e votos. [...] (BRASIL, 2016a, p.1)

EMENTA QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO, POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS NO RECINTO DO PARLAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO DA IMUNIDADE. PRECEDENTES. 1. A regra do art. 53, caput, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar. [...] A regra do art. 53, caput, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal. Configura-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como absoluta a imunidade material parlamentar quando as palavras tidas por ofensivas forem proferidas no recinto do Parlamento, dispensando-se a configuração da pertinência entre as ofensas irrogadas e o exercício da atividade parlamentar. Precedentes. [...] (BRASIL, 2016b, p.1).

O entendimento do STF é de que as manifestações proferidas no Congresso deverão ser coibidas pelas próprias casas em respeito à autonomia e independência dos Poderes, sendo a matéria considerada questão interna corporis. Todavia, as manifestações de ódio proferidas fora do Congresso e via meio eletrônico (independentemente do local onde foram proferidas) não devem ser tidas como relacionadas ao exercício do mandato, por mais que o congressista tenha ideais opressores como plataforma política. Pretendemos demonstrar que no caso de discursos de ódio não há que se perquirir sob um suposto nexos de causalidade entre a manifestação odiosa e o exercício do mandato.

Para tanto, a distinção entre liberdade de expressão e discurso de ódio, demonstrando que o projeto constituinte inaugurado no Brasil a partir da promulgação da República de 1988 não admite discursos de ódio como faceta de um suposto exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Logo, através de uma leitura constitucionalmente adequada dos artigos 1º, inciso V; 5º, incisos IV, VIII e IX; e 220, § 2º, todos da Constituição da República de 1988, não admite que a liberdade de expressão seja exercida como obstáculo ao exercício dos demais direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

É que a liberdade de expressão está originariamente ligada à luta por direitos e reconhecimento. Sendo assim, não pode ser exercida como instrumento de opressão e silêncio, devendo, portanto, ser passível de limitação, mas não de censura. Ou seja, a liberdade de expressão como direito fundamental deve ser concebida tanto em sua dimensão vertical quanto horizontal no sentido de, respectivamente, proteger o indivíduo em face do Estado, bem como proteger o indivíduo em suas relações com os demais indivíduos, atuando em qualquer caso como condição de possibilidade e manutenção da própria democracia.

O discurso de ódio é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia da liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Parte-se do pressuposto de que em sociedades complexas, modernas e plurais todos os projetos de vida são dignos de igual respeito e consideração e que sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito deve haver o reconhecimento da necessidade de se coibir a disseminação de discursos de ódio sob as vestes da liberdade de expressão, mormente quando se tem em vista que a liberdade de expressão não é direito fundamental absoluto. Dessa forma, exige-se a responsabilização como outra face inseparável da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1819**, 2016a, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 24/05/2016, DJ 09/09/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4177**, 2016b, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgamento em 12/04/2016, DJ 16-06-2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, Davi. **Constitucionalismo e dilemas da justiça**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Ed. RT, 2009.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso de ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2014. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

IMPEDIMENTO AO CASAMENTO CIVIL, NO CASO DE CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO POR UM DOS NUBENTES

Data de aceite: 06/05/2020

Pedro Luiz Milhomem Santos Paulo

Parte da Dissertação de Mestrado do primeiro autor, financiada com recursos do CNPq.

RESUMO: O presente resumo de artigo visa indagar o leitor a refletir sobre um dos inciso do Código Civil, o VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Desta forma busca-se interpretar e refletir para que possamos contribuir para o avanço e possíveis alterações futuras no mandamento legal, sob lentes dos direitos constitucional e penal.

INTRODUÇÃO

O Código Civil em seu art.1521- VII menciona que o cônjuge sobrevivente, com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o ser consorte, é um dos casos de impedimento elencados no artigo em tela, assim podemos depreender que existe uma limitação do livre direito de constituir família pelo Estado, por meio da lei, seja qual for sua justificativa no momento da elaboração deste mandamento legal.

OBJETIVO

O presente resumo tem por objeto trazer o leitor a reflexão da causa impeditiva de casar-se com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o ser consorte, de forma livre pautando-se o pensamento a luz da Constituição Federal de 1988.

MATERIAIS E MÉTODOS

Os materiais utilizados como fontes de consultas, do presente estudo, são oriundos do ordenamento jurídico pátrio, entre eles, a Constituição Federal, o Código Civil, e o Código Civil Comentado de FILHO,2017.

Inicialmente cabe apontar neste resumo, o conceito breve de direito de família que conforme (FILHO, 2017) o direito de família cuida, pois, das relações que envolvem o indivíduo dentro do núcleo social em que ele nasce, cresce e se desenvolve.

Há de se inferir, portanto, que envolve o primeiro círculo social do indivíduo, onde ele se insere e compreende o convívio em comunidade e posteriormente sociedade.

O direito de família e o casamento, fulcro deste resumo, que tem suas raízes no mandamento constitucional, extraindo-se a compreensão que é personalíssimo (art. 227.

CF), além dos direitos fundamentais oriundos da CF/1988, em seu art. 5, caput, no qual determina que todos são iguais perante a lei sem distinção e garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Fica evidente após esta exposição que o direito de casar-se com bem quiser é personalíssimo e que tal impedimento independente das razões oriundas da lei, são um abuso do poder legislador do Estado.

No entanto, mesmo o rol sendo taxativo de impedimentos do matrimônio, do qual é o tema central deste resumo, em seu inciso VII, cabe mencionar o que diz (CZAPSKI, 2000), o impedimento de que trata este inciso refere-se à tentativa ou à efetivação do crime de homicídio doloso, em que deve existir a intenção de matar o cônjuge. O cônjuge sobrevivente não pode casar-se com a pessoa que tenha sido condenada por tais crimes. Caso julgada e absolvida, ou se o crime estiver prescrito, este não mais prevalecerá.

Por fim cabe ressaltar que este impedimento, é infundado nos conceitos e princípios de direito constitucional, devendo futuramente haver uma reforma substancial na norma infraconstitucional. A título de exemplo: após uma colisão entre veículos no qual por acaso um dos cônjuges acaba falecendo no acidente e posteriormente por questões diversas os sobreviventes do acidente, aproximam-se e criam laços afetivos, seriam impedidos de contrair matrimônio, dependendo da sentença exarada pelo magistrado, quanto ao dolo ou culpa do autor neste exemplo.

CONCLUSÕES

Conclui-se que, a percepção em que o Estado e a Religião, ainda caminham juntos em alguns pontos no ordenamento jurídico nacional, devendo ser respeitado todos e principalmente pelo Estado.

Entretanto o direito está em constante evolução e desta forma entende-se que os direitos fundamentais de primeira geração, devem ser respeitados principalmente pelo o Estado, que no tema em tela do resumo fica evidente que o direito de constituir família entre duas pessoas é mitigado pelo Estado pelo Código Civil, sendo esse direito personalíssimo e de grande importância para toda a sociedade, que através de exemplos fica claro que tal eventualidade pode acontecer no entanto é livre a manifestação de construir família, até mesmo com uma pessoa condenada se assim for da vontade dos nubentes.

REFERÊNCIAS

FILHO C. P.M **Código Civil Comentado**. Lavras. Editora UFLA, 2014. 1567p;

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

O FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA VISANDO O DESENVOLVIMENTO SOCIAL. UMA NOVA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA ATRAVÉS DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Data de aceite: 06/05/2020

Jean Colbert Dias

Advogado. Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Contato: jean@diasferreiraadvogados.com.br.

RESUMO: Este artigo tratará da parceria público-privada que foi regulamentada no Brasil através da Lei nº. 11.079/2004, apresentando um novo modelo de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada, permitindo-lhes a aproximação legal e ética para montagem de projetos de infraestrutura para atendimento do interesse público e atingimento dos anseios da atividade empresarial. O contrabalanceamento dos interesses do parceiro público e do parceiro privado podem ser cotejados de forma antecipada, com a finalidade de viabilizar ou não a futura implantação de projeto de infraestrutura, sem que isso macule a licitude e o próprio interesse público. Será discorrido sobre o atual enfoque socioeconômico da empresa em contraposição à tradicional análise da sua função social. O estudo pretende analisar os efeitos que o fomento à atividade empresarial, através da parceria público-privada, pode ressoar no desenvolvimento social do país.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria Público-Privada; Fomento; Atividade Empresarial; Desenvolvimento Social.

THE PROMOTION OF ENTREPRENEURIAL ACTIVITY IN VIEWING SOCIAL DEVELOPMENT. A NEW STATE-COMPANY RELATIONSHIP THROUGH PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

ABSTRACT: This article will deal with the public-private partnership that was regulated in Brazil through Law nº. 11.079 / 2004, presenting a new model of relationship between the State and the private sector, allowing them the legal and ethical approach to set up infrastructure projects to serve the public interest and achieve the desires of business activity. The counterbalancing of the interests of the public partner and the private partner can be compared in advance, with the purpose of enabling or not the future implementation of an infrastructure project, without this tarnishing the lawfulness and the public interest itself. It will be discussed about the current socio-economic approach of the company as opposed to the traditional analysis of its social function. The study intends to analyze the effects that the promotion of entrepreneurial activity, through the public-private partnership, can resonate in the social development of the country.

KEYWORDS: Public-private partnership; Development; Business Activity; Social development.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo contextualizar o grau de intervenção do Estado nas relações empresariais, partindo do modelo de Estado Liberal que confere ampla liberdade individual e prega a mínima imposição de limites pelo Governo à atividade privada, onde a lei é exatamente o freio que deve ser imposto à atividade estatal.

Na sequência também será esmiuçado o modelo de Estado Social que prega a proeminência do poder do Estado em detrimento dos interesses e liberdades individuais, delegando à administração pública o controle e a concentração dos serviços públicos em favor da classe proletária, os quais são denominados direitos de primeira e segunda geração.

Após atingir a definição e clareza necessárias entre os dois modelos de Estado defendidos com igual razão por seus adeptos, surge a necessidade de avançar muitas casas na história político-jurídica do Brasil e discorrer especificamente acerca do relacionamento atual entre o Estado e a empresa.

Como marco referencial à análise da relação Estado-empresa, será utilizada a Lei nº. 11.079/2004 - que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, usando como parâmetro das relações havidas anteriormente à sobredita lei e o atual contexto jurídico e político que entremeiam o instituto jurídico citado.

A parceria público-privada será analisada sob o prisma da aproximação do Estado e a empresa no tocante a definição de projetos de infraestrutura que o setor público não consegue absorver por carência de recursos públicos, cujos serviços e obras sublinham o interesse público.

Uma nova ótica sobre a relação Estado-empresa exsurge com a adequação dos anseios públicos derivados da necessidade de serviços públicos eficientes; atrelada à conveniência econômica para o empreendedor.

O correlacionamento e o atendimento dos interesses públicos e privados serão sopesados para atender não só ao interesse público, mas o próprio fomento da atividade empresarial como meio para o desenvolvimento social do país, em cumprimento da função social como premissa fundante da defesa da empresa e sua preservação como fonte de geração de empregos, arrecadação de tributos e contribuições, além, de manancial provedor de lucro ao empreendedor.

Para tanto será necessário desvelar também a temática da segurança jurídica do contrato de parceria público-privada, notadamente as garantias que devem ser prestadas pelos parceiros nesta relação negocial para gerar a solidez necessária, especialmente apontando os maiores entraves e dificuldades que o Estado possui

na confecção e manutenção desta relação de forma harmônica e equilibrada, especificamente sob o prisma econômico-financeiro.

2 | O ESTADO LIBERAL *VERSUS* O ESTADO SOCIAL

O modelo puro de Estado liberal prevê basicamente a atuação limitada do Governo e a preponderância das liberdades individuais, permitindo ao indivíduo agir até os limites impostos pela lei, ou seja, abrindo sua esfera de atuação na seara do que não é proscrito por ela.

Neste modelo de Estado há obviamente um conflito entre os interesses estatais que são impostos pelo titular do poder público e entre os indivíduos que lutam pela manutenção e até a ampliação de suas liberdades, pois é o cerne deste modelo.

É muito marcante o papel da lei no Estado Liberal, a qual ao invés de impor limites demasiados aos cidadãos, funciona como freio à atividade do próprio titular do poder e conseqüentemente do Governo. As tendências de abuso de Governo geram tensão entre os direitos fundamentais e a tentativa do Governo de ultrapassar sua linha de atuação delimitada pela lei.

O estereótipo de um Estado liberal na sua acepção mais cristalina não se mostra adequado ao sistema econômico atual, pelo menos no Brasil, tendo em vista que a liberdade em demasia pode causar desequilíbrios sociais por conta da proeminência financeira que permeia as relações pessoais e certamente, em especial, as relações comerciais onde o poder econômico é a mola mestra do próprio sistema.

Especificamente nas relações negociais entre empresas que urge a participação do Estado como regulador da atividade comercial, tendo como foco que as grandes corporações detêm parcela significativa do mercado mundial e tentam a todo custo impor suas vontades e aspirações, as vezes desmedidas, pelo alcance do lucro a qualquer custo.

A busca pelo custo cada vez menor na produção solavanca problemas sociais em países periféricos, onde a mão de obra barata é abundante e os controles sociais e econômicos das atividades empresariais não encontram resistências governamentais, inclusive permitindo violações a direitos humanos, desrespeitos gritantes à preservação do meio ambiente e a salubridade das condições de trabalho, como se vislumbra na China e Índia os exemplos clamorosos.

Por outro lado, nos moldes do estereótipo do Estado Social onde o Governo exerce o poder através do nascimento, do que se conhece hoje, como administração pública, permanecendo o respeito às liberdades individuais e direitos fundamentais. Entretanto, alterando a configuração no tocante a liberdade de agir do cidadão e logicamente da atividade empresarial, já que os limites da lei são mais estreitos que no modelo de Estado liberal.

No Estado social, da convivência indivíduo-Estado brota uma relação jurídica de

dever *versus* direito, germinando uma nova geração de direitos que se alinham aos direitos individuais, como os direitos sociais que devem ser garantidos pelo Estado, dentre outros.

Na modelagem de Estado social ocorre a juridicização da relação governo e cidadão que antes era apenas política, transmutando esta relação para um relacionamento jurídica de direitos e deveres. Não só os abusos de governo são considerados ilegais, mas agora a omissão do Estado diante do não cumprimento de um dever passa a ser ilegal.

Muitas outras mudanças são proporcionadas pelo Estado social e seus reflexos são evidentes nos conflitos do cidadão com o Estado, reinventando a participação do Poder Judiciário neste viés, certamente com o fortalecimento deste Poder como meio de suprir as omissões do próprio Estado, com a finalidade de salvaguardar os interesses do cidadão, inclusive por conta disso o Poder Judiciário passa paulatinamente a invadir a esfera de atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo; nasce daí os fenômenos conhecidos como judicialização das questões políticas e o ativismo judicial, cuja temática desse artigo não permitirá o aprofundamento neste enredo.

Na visão de Renato Alessi¹ o interesse público passa a ter novo enfoque, onde o interesse primário está em atender a comunidade; o Governo passa a ser tratado de forma secundária, situação que exatamente delimita a relação conflituosa entre o interesse público e o interesse privado, com destaque ao primeiro.

Apesar da proeminência do interesse público em face do interesse privado, o autor acima citado esclarece que o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o interesse geral da coletividade, ou seja, que o interesse público não é exclusivamente um interesse do Estado, inclusive distinguindo o interesse público primário do interesse público secundário.

Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma a teoria sustentada por ALESSI:

Também assim melhor se compreenderá a distinção correta da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são interesses de toda coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administradores lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada de propósito de despender o mínimo de seus recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.²

Luís Roberto Barroso destaca a diferença entre o interesse público primário e o

1 ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 44.

secundário:

O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, que se trata de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.³

Noutro espeque há o interesse do próprio Estado na manutenção da sustentabilidade, do equilíbrio e harmonia quando lança e arrecada tributos, em contrapartida deveria prestar serviços públicos de qualidade, ou seja, o objetivo seria a estruturação de uma relação saudável entre o interesse público e o interesse do estado, além da manutenção de certas liberdades individuais e da própria livre iniciativa para fomentar e dar vida à atividade empresarial.

Num desenho de Estado social puro há sempre a tentativa de se aniquilar ou suplantar o interesse particular em face do interesse público, como por exemplo, garantir irrestrito acesso aos serviços de saúde, educação de qualidade, dentre outros direitos individuais e sociais, até outros, como o direito ao meio ambiente preservado, surgindo uma nova seara de direitos nominados difusos e coletivos.

Centralizando agora nos serviços públicos, que será oportunamente o ponto nevrálgico deste estudo, passam a ser, de acordo com o art. 37, § 6º da Constituição Federal⁴, o instrumento para atender, em sentido *lato*, o interesse público e o próprio interesse estatal.

Em sentido estrito, os serviços públicos tendem a limitar a atividade individual e conseqüentemente a atividade empresarial, surgindo como meio de execução o poder de polícia, a intervenção nas relações de mercado e o fomento a determinadas atividades privadas que ressoam positivamente à coletividade.

Com este pensamento que o trabalho em voga afastará as visões puritanas no tocante aos modelos de Estado, seja ele liberal ou social, sendo lançado um novo olhar acerca da interação da iniciativa privada com o poder público, traçando a possibilidade de um cenário harmônico e frutífero na relação público-privada que proporcione desenvolvimento social.

Não há defesa da interferência estatal nas relações de comércio de forma absoluta, até porque pode causar abalos desnecessários no mercado financeiro e prejudicar sobremaneira a livre concorrência e seus efeitos lógicos ao consumidor.

O artigo afastar-se-á das simples relações de mercado privado, evitando cingir-se aos nos assuntos estritos da atividade empresarial, ao revés, alinhará o discurso

3 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

4 BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

acerca da relação do Estado com a iniciativa privada, perpassando e superando o modelo simplista do “Estado cliente”, na qualidade de adquirente de produtos ou consumidor de serviços privados; discorrer-se-á sobre a prestação de serviços públicos puros e aqueles que são prestados pela iniciativa privada, de forma delegada pelo Poder Público, valendo-se como premissa o cotejo de concessões até o surgimento da Lei de parcerias público-privadas e a nova roupagem que as concessões receberam após este marco legislativo.

3 | A RELAÇÃO TRADICIONAL DO ESTADO COM A EMPRESA

Interessará a partir dessa etapa do estudo, o contexto histórico acerca da relação político-jurídica do Estado com a empresa, definindo qual a modelam contratual e o relacionamento do ente público com a empresa privada como fornecedora de produtos, prestadora de serviços e concessionária de serviços públicos.

O primeiro subitem deste tópico tratará da convivência entre o Estado e a empresa fornecedora de produtos e prestadora de serviços ao próprio Estado.

No subitem posterior será examinado o relacionamento e peculiaridades entre o Estado e a empresa como concessionária de serviços públicos, definindo como marco final da tratativa a Lei nº 11.079/2004, que introduziu no sistema jurídico pátrio a parceria público-privada, em que pese grande parte da legislação vigente sobre as concessões ter sido mantida intacta após a edição da sobredita lei.

3.1 EMPRESA FORNECEDORA DE PRODUTOS E PRESTADORA DE SERVIÇOS

A forma mais comum das relações Estado-empresa se presencia quando o poder público busca o setor privado para atender sua necessidade, geralmente para consumo interno e para manutenção da própria estrutura administrativa, com a finalidade de estruturar e dar condições para o bom funcionamento da máquina administrativa.

Essa forma basilar de contratação normalmente se dá através do cumprimento das normas e procedimentos da Lei nº. 8.666/93⁵, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Mesmo que seja razoável a complexidade da relação Estado-empresa, certamente ela estará permeada por inúmeras intempéries políticas e econômicas, muitas delas quedando em infundáveis ações judiciais, sem contar com os descabros que rotineiramente borbulham na imprensa sobre atos suspeitos ou corrupção envolvendo contratos com o poder público. Nesta ocasião haverá trato apenas das questões legais envolvendo esta relação, não merecendo maiores elucubrações acerca do tema espúrio.

Adiante também se percebe que existem críticos veementes acerca da antiquada legislação afeta ao tema, inclusive existem vozes que atribuem o excesso de burocracia

5 BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

e as falhas procedimentais comuns às licitações devido ao enrijecimento do texto legal e a pouca abertura às modernas formas de comércio e de contratação, como exemplo as compras pela *internet* e o uso de meios de pagamentos alternativos pelo Estado, como cartões de débito e cartões de crédito, cuja culpa não pode ser atribuída exclusivamente à Lei de Licitações, mas também à Lei de Responsabilidade Fiscal e demais instrumentos legais que norteiam o cumprimento orçamentário e o desembolso financeiro do setor público.

Foi crucial tecer os comentários acima para concluir que normalmente o enlace Estado-empresa, nestas ocasiões, está ancorado numa relação de consumo de produtos ou serviços, em que pese não se adequar à matiz do Código do Consumidor por suas características peculiares.

Quando a empresa se dispõe a participar de um certamente licitatório almejando se tornar fornecedora de produtos ou serviços ao poder público, encontra um modelo padrão de edital de licitação, de propostas, de declarações, uniformização de contratos e até a delimitação do preço que o setor público pretende pagar pelo fornecimento, cabendo ao empresário anuir ou não as condições impostas na licitação e disputar com a melhor proposta financeira para quedar-se vencedor no certame, exceto nos casos em que a técnica esteja aliada ao preço.

A relação de submissão da empresa em face do poder público é evidente, restando à primeira cumprir com fidelidade as previsões contratuais e estar disposta, em determinadas situações, surgindo as hipóteses do “fato do príncipe” em favor do poder público, de ter seu contrato rescindido independentemente dos prejuízos que possam advir com a ruptura, exceto em situações excepcionais; mais os danos emergentes e as expectativas contratuais que poderiam resultar em lucro futuro.

Por outro lado, não há previsão de guarida legal ou contratual que proteja de igual maneira a empresa, tudo isso, lastrado na cláusula geral que surge ao talante do gestor público, chamada de “interesse público”, que na verdade não passa de “interesse do Estado”.

Por outro espeque emerge em favor da empresa o “fato da administração”, apesar da doutrina claudicar no tocante a amplitude desta cláusula nos contratos administrativos:

Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Neste, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incumbe, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade

ao contrato, evitando de, sponte sua, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida.⁶

Por isso, resta como atitude prudente da empresa optar pelo cumprimento da integralidade do contrato - geralmente de adesão, apesar da nomenclatura não ser usada oficialmente - que assinou com o poder público e em situações extraordinárias buscar compensar o desequilíbrio contratual ocorrido diante de alguma nuance financeira imprevista, não raro gerada pela própria instabilidade econômica do país, que pode resultar no aumento de impostos ou consistir em crises políticas rotineiras, ainda, diante de perdas inflacionárias apontadas por índices oficiais de atualização monetária.

É perceptível que a relação Estado-empresa é superficial e como já dito alhures, literalmente uma relação de submissão e incertezas, sendo que, salvo nos casos de promiscuidade desta relação, a insegurança jurídica é muito maior para o lado da empresa se comparada com a posição privilegiada ocupada pelo poder público.

E pior, caso ocorram conflitos contratuais que resultem em ação judicial, além dos infundáveis anos de processo e inúmeros recursos processuais que o ente público poderá se valer, sendo que o mais desolador deles é opção pelo não pagamento da contraprestação da empresa, mesmo reconhecida em juízo, relegando a satisfação do débito através da expedição de um precatório.

Em suma, a empresa nacional e estrangeira já estão adaptadas a esta realidade, por isso, quando se submetem a regra do jogo atual, já estão desatendendo exatamente ao interesse público que deveria permear os contratos com o poder público, pois amoldam seus prováveis prejuízos ao preço gerado pelo cenário negativo imperante, sendo que nos casos que há regular cumprimento dos contratos com o poder público, os preços normalmente estão além daqueles previstos no mercado e alçam suspeitas de superfaturamento e ilicitudes.

3.2 EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Noutra seara de convivência entre o Estado e a empresa estão as concessões de serviços e de obras públicas. A legislação alusiva ao tema foi alterada com a entrada em vigor da Lei nº. 11.079/2004, evidenciando que parceria público-privada poderá ser edificada através das modalidades de concessão patrocinada e administrativa, restando os demais casos enquadrados como concessão comum, que são disciplinados na Lei nº. 8.987/95 e licitados na forma da Lei nº. 8.666/93.

Maria Sylvia Zanella de Pietro conceitua, em sentido lato, a concessão pública da seguinte forma:

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.325.

À vista do que foi dito, pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.⁷

Gizando a matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁸

Mesmo nos casos que o Estado delega ao setor privado a prestação de um serviço público ou repassa a responsabilidade pela consecução de uma obra pública, a relação não é de equilíbrio e condições jurídicas propícias a firmar segurança jurídica plena ao setor privado, em particular acerca dos danos futuros e lucros cessantes que possam advir dessa relação.

De igual forma nos contratos administrativos típicos para fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços, onde o procedimental e as regras contratuais são parecidas com aqueles explicitadas no tópico anterior, remanesce ao Poder Público inúmeras evasivas legais que lhe permite rescindir, rever e mesmo encampar contratos (obras e serviços).

Logicamente que não é tão simples dar cabo a uma concessão para atender ao talante do administrador público, estando latente o exemplo das concessões de estradas pedagiadas, cujos contratos preveem multas e garantias significativas favoráveis aos concessionários.

Remeter ao conceito de concessão comum, como assim foi batizada após edição da Lei da parceria público-privada, é crucial para ingressar posteriormente à nova realidade político-jurídica que se apresenta no Brasil, numa clara tentativa de aparar arestas entre o setor público e o setor privado, como mote a dar novos contornos e relevos a esta convivência; elevando a outro patamar o que se entende por concessão de serviços e obras públicas, seja na modalidade comum, de concessão administrativa ou concessão patrocinada.

A lógica do raciocínio empregado nesse texto é muito maior que a simples confecção de garantias em favor da empresa, é muito mais que segurança jurídica, sobretudo trata dos reflexos que o fomento da atividade empresária gera ao desenvolvimento social do país, avaliando o quão será positiva a aproximação sadia entre o Estado e empresa, ainda, como isso pode proporcionar infraestrutura e serviços

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 725–726.

de qualidade à população.

3.3 A FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA DA EMPRESA

Resgatando o que foi exposto na abertura deste estudo, não há a defesa de um modelo de Estado liberal onde a iniciativa privada, neste particular a empresa, se amealhe de ampla liberdade e esteja adstrita somente ao que está proscrito na lei, tampouco se sustenta um protótipo de Estado social puro onde caberia ao governo ser paternalista em todas as ocasiões, inclusive permitindo a extirpação de direitos e de liberdades negociais somente para garantir a hegemonia dos aspectos sociais, como por exemplo, o sacrifício econômico da empresa para salvaguardar postos de emprego.

Cabe aqui citar Emerson Luís Dal Pozzo quando sobreleva a função socioeconômica da empresa, quando ela atravessa um período de crise, desvelando a falsa premissa que dá sustentáculo ao princípio da preservação da empresa lastrado apenas na sua função social:

Do excerto se pode depreender, portanto, que a ratio da recuperação é a função social adstrita ao exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, à luz dos danos potenciais que sua extinção acarreta, ainda que em prejuízo dos credores que terão seus direitos alterados. Sobreleva o aspecto implícito da função social da empresa, dele derivando o princípio da preservação.⁹

A posição doutrinária acima citada é correlata com a expressão de Eduardo Goulart Pimenta, que analisa o processo de recuperação da empresa sob a ótica da conjugação da viabilidade econômica com a social:

Note-se que, em parte, a viabilidade econômica se conjuga com a social, razão pela qual incumbe a dupla análise, permitindo concluir que será racionalmente justificável a recuperação de uma empresa se e somente se os custos sociais da recuperação forem menores do que os custos sociais da falência.¹⁰

Tem lógica citar os referidos autores para evidenciar que a empresa não sobrevive apenas motivada por questões sociais e seus reflexos ao cidadão, mas por objetivar a circulação de riquezas e a geração de lucro ao empresário, mesmo que isso pareça doer aos ouvidos dos avessos ao capitalismo, na mais pura acepção do termo.

A empresa quando se dispõe a concorrer num certame licitatório e manter com o Estado uma relação contratual, certamente vislumbra obter lucro com o negócio, seja mediante o simples fornecimento de mercadorias até o alinhamento de concessão para prestação de determinado serviço público.

9 DAL POZZO, Emerson Luís. **Da Função Social à Função Socioeconômica: Função Social da Empresa e Recuperação Judicial**. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 176.

10 PIMENTA, Eduardo Goulart. **Os limites do direito de voto em recuperação de empresas**. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013, p. 180.

Persiste, infelizmente, uma falsa percepção que somente é lícito deduzir que a empresa mantenha relacionamento negocial com o poder público exclusivamente para atender o interesse público, por vezes apenas o interesse do Estado, ou para cumprir sua função social gerando empregos, arrecadando tributos e contribuições.

Aliada a todas as reverberações sociais que a empresa normalmente é geradora, está coligada a acumulação de riqueza e circulação de renda, num processo natural que a livre iniciativa e a livre concorrência autorizam e dão sustentáculo ao exercício da atividade empresarial, inclusive com guarida constitucional correlata à função social.

Está aí a nova visão empregada pelo atual Governo quando promulgou a Lei nº. 13.874/2019¹¹, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias ao livre mercado.

A visão moderna acerca da empresa e seu papel socioeconômico devem blindar sua relação com o Estado, não só enxergada como fonte arrecadadora de tributos e contribuições, além de gerar postos de trabalho. Contudo, como uma peça importante e crucial no desenvolvimento econômico e social do país.

Portanto, a equivalência de direitos e os desequilíbrios contratuais não podem pesar apenas sobre os ombros do empreendedor, meramente porque no outro flanco do contrato está o Estado, ancorado, muitas vezes, na aplicação a qualquer custo da falsa premissa do interesse público em prejuízo da atividade empresarial, deslembrando do equilíbrio econômico-financeiro que deve traspasar esta relação e consequentemente reconhecer a sua importância para o desenvolvimento social.

A empresa antes servil as vontades do Estado, hodiernamente pode reequilibrar as posições, também sendo a recíproca verdadeira, por este motivo, houve a busca pela modelagem da parceria público-privada inspirada na legislação Anglo-Saxã, introduzindo outro patamar de relacionamento entre o Estado e a empresa, com a instituição da Lei nº. 11.079/2004, cujo cenário coloca a empresa e o Estado, pelo menos na mesma mesa, para discutir e planejar obras e serviços de interesse público; os quais podem ser executados sem o emprego de verbas públicas em troca de garantia do retorno financeiro ao investidor (parceiro privado), explorando e cobrando por determinado serviço ou recebendo valores específicos que antes eram cooptados apenas aos cofres públicos.

O atual modelo de concessões administrativas e patrocinadas apenas deixou evidente o que já era realidade, pois o lucro é lícito e deve ocorrer nas relações Estado-empresa, apenas precisando ser devidamente distribuído e compensado entre a eficiência do serviço a ser prestado ou qualidade da obra a ser executada com o devida contraprestação financeira, tudo interligado com o cálculo do equilíbrio econômico financeiro e as garantias contratuais; para que no futuro ambas as partes não venham a ser prejudicadas, deixando de lado a relação fria e distante que impera na maioria dos contratos administrativos e a falta de clareza que geram a desconfiança do cidadão.

11 BRASIL. Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019.

Finalizando este subitem para ingressar em um novo panorama da relação Estado-empresa, destaca-se a corrente tendência que aflora a possibilidade de massificação das parcerias público-privadas, cuja introdução está ocorrendo de forma suplementar à carência de recursos públicos para investimentos em obras e serviços (infraestrutura), os quais eram de responsabilidade exclusiva do Poder Público até pouco tempo.

4 | A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O ESTREITAMENTO DA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA

Conforme já ficou consignado neste estudo, no ano de 2004 foi promulgada a Lei Federal que instituiu as parcerias público-privadas no âmbito nacional, não obstante o fato da temática já ter sido disciplinada anteriormente na seara legislativa estadual, tendo o Estado de Minas Gerais se tornado prodígio tanto na confecção dos mecanismos legais quanto na colocação em prática das primeiras parcerias.

A Lei nº. 11.079/2004 em seu artigo 2º estabelece que: “*Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*”, com claro objetivo de se desenvolver paralelamente aos contratos de concessão comum já previstos em Lei específica, tendo como diretriz político-financeira o foco em grandes projetos de infraestrutura, para os quais o Poder Público não possui capacidade técnica e financeira para executar desassistido de recursos e expertise externos; esta informação foi oficialmente divulgada pelo próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹².

A Parceria público-privada é definida genericamente como:

(...) um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.¹³

Como já dito alhures, a legislação de regência criou duas modalidades de concessão:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (grifo)

12 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, www.planejamento.gov.br.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549

O modelo de parceria público-privada expresso através da concessão patrocinada se materializa por meio de um serviço e/ou obra prestado diretamente ao público (consumidor final), com a incidência de cobrança tarifária que, complementada por contraprestação pecuniária do ente público, compõe a receita do parceiro privado.

SUNFELDI apresenta esclarecedora definição sobre o tema:

Estando presentes a cobrança de tarifas aos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não pecuniária da Administração e outras receitas alternativas.¹⁴

Na categoria de concessão administrativa, o contrato tem por objeto a prestação de serviços (público ou não) diretamente à Administração Pública, podendo o particular assumir a execução da obra, fornecimento de bens ou outras prestações. Neste caso a administração pública poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais, escolas e presídios.

Em síntese, a parceria público-privada se cristaliza através de um contrato de prestação de serviços que pode ou não incluir a consecução de obras, com prazo delimitado em lei de cinco a trinta e cinco anos.

Outro fator determinante neste caso é que o valor do contrato não pode ser inferior a vinte milhões de reais, sendo desautorizado que o contrato de parceria tenha por objeto exclusivo o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública, cujas atividades empresarias possuam natureza jurídica específica de fornecimento de bens e serviços ou mesmo se caracterize como uma concessão comum.

Na parceria público-privada, diferente dos demais contratos administrativos, toda a infraestrutura essencial para a prestação de serviço desejado pelo parceiro público resultará de iniciativas de financiamento do setor privado e a contraprestação a empresa será fixada com base em padrões de performance, sendo devida somente quando disponível ao parceiro público e aos usuários, além da sua correta e perfeita adequação ao projeto.

A avaliação de performance do parceiro privado deverá ser atestada através de mecanismo de controle interno do próprio parceiro público, com a criação de Comitê Gestor que tem por objetivo primordial a fiscalização do contrato, inclusive podendo contar com apoio técnico externo através de verificador independente, além de opinar e emitir pareceres técnicos acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A transparência é ferramenta essencial para boa convivência entre os parceiros, surgindo como diferencial das demais modalidades de contrato administrativo e fator de aproximação do setor público com o setor privado, numa clara ruptura da relação

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29.

oficial distante que antes imperava, que corrobora inclusive para aproximações espúrias que infelizmente são corriqueiras no Brasil.

A aproximação legal dos setores público e privado é essencial para a transparência deste relacionamento, particularmente para marcar com grifo forte esta característica peculiar da parceria público-privada e tornar rotina esta aproximação e que isso não se revele espúrio ou estranho aos olhares externos, exatamente nos limites que a moralidade pública exige, além do cumprimento estrito do princípio imperante da legalidade.

4.1 UMA NOVA RELAÇÃO ESTADO-EMPRESA

A proximidade e a transparência na relação público-privada deve muito a remodelagem do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, que está presente nas Leis nº. 8.987/1995¹⁵ e nº. 11.079/2004¹⁶. O PMI é um retrato internacionalmente recomendado para fomentar a transparência e competitividade da metodologia para estruturação do complexo processo de concessão, contemplando desde o esboço da concessão até a efetiva contratação e execução de projetos que envolvam concessões de obras e serviços públicos, enfim que englobem infraestrutura pública analisando sob o foco das parcerias público-privadas.

Através do Procedimento de Manifestação de Interesse o poder público expressa suas pretensões de receber estudos de viabilidade e todos os consectários correlatos que permitam nortear a opção pela decisão favorável ou não de escolha da parceria público-privada. O ente público pode ser abastecido de informações simples, desde levantamento de dados até projetos prontos com todos os seus componentes técnicos e jurídicos, até mesmo a minuta do edital de licitação.

Fica evidente que o desenho da futura parceria não é imposto pelo poder público como na maioria dos contratos administrativos, mas após a manifestação expressa da iniciativa privada como promotora do investimento, ponderando de forma antecipada todos os riscos e vantagens que possam advir desta relação.

Exatamente a definição de todas as nuances da futura relação contratual, cujos limites são delineados de forma conjunta, podem propiciar um ambiente mais

15 BRASIL. **Lei nº 8.987**, 13 de fevereiro de 1995. Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

16 BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Art. 3o As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1o As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2o As concessões comuns continuam regidas pela Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3o Continuam regidos exclusivamente pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

seguro e eficaz, principalmente porque a longevidade dessa junção de ideias exige tal desiderato.

4.2 RELAÇÃO NEGOCIAL COM O ESTADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº. 11.079/2004

A partir da construção legislativa da parceria público-privada surgiu um cenário que destoava do paradigma até então imperante, onde a administração, na maioria das oportunidades, definia unilateralmente todo processo que envolvia a prestação de serviços e construção de obras públicas, sendo que em raras oportunidades se valia de consulta prévia com o setor empresarial respectivo, mesmo tendo disponível anteriormente o Procedimento de Manifestação de Interesse, já que não é novidade da parceria público-privada.

A nova modelagem permite o correlacionamento dos setores público e privado sem que isto pareça fraudulento, ao revés, o Estado busca ideias junto à iniciativa privada e solicita que as empresas apresentem soluções para melhoria da infraestrutura pública, ao mesmo tempo que permite ao setor privado discutir acerca da viabilidade econômica do empreendimento.

A confecção de propostas e o desenho de projetos em conjunto minoram os dispêndios de verbas públicas para elaboração de projetos que não possuem condições de sair das pranchetas dos técnicos, os quais, não raras vezes, não passavam do plano ideológico sem viabilidade financeira para ser executado e sem manifestar o interesse privado para investimentos, pois o retorno financeiro ao investidor era tratado até então como plano acessório e com a visão estrita de atendimento ao interesse público ou do próprio Estado.

A carência de recursos públicos para investimento em infraestrutura obrigou a mudança do paradigma até então vigente, abrindo o diálogo com a iniciativa privada. Dados estatísticos globais comprovam que investimentos em infraestrutura possuem alto retorno e são repartidos de modo positivo para a sociedade, conforme dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

Estudos internacionais comprovam que a carência de infraestrutura limita o crescimento econômico e a competitividade global dos países. Comprovam também que investimentos em infraestrutura oferecem elevadas taxas de retorno que são distribuídas de modo positivo na sociedade: a evidência é que os mais pobres têm crescimento da renda e bem estar em taxas mais elevadas que os mais ricos quando há oferta de infraestrutura acessível à toda a população.¹⁷

A proximidade do Estado e a empresa quando blindada pela legalidade, eficiência, ética, probidade e pelos demais princípios norteadores da administração pública, pode oferecer mais opções de investimentos em infraestrutura que reverberem na qualidade dos serviços públicos, certamente com retorno consequencial à própria sociedade, até

17 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publicoprivadas/referencias/copy_of_perguntas-frequentes. Consulta em 12/01/2018.

porque o fomento à atividade empresarial reflete imediatamente no desenvolvimento social do país.

Os propalados efeitos imediatos da atividade empresarial que lhe garantem proteção constitucional diante da sua função social, motivou o legislador a avultar a preservação da empresa como fonte de irradiação de empregos e de arrecadação de tributos, cujo produto deve ser reaplicado para atender o interesse público, gerar a distribuição de renda e levar investimentos a regiões subdesenvolvidas do país.

São desnecessárias maiores delongas apontando os efeitos positivos que o fomento à atividade empresária pode gerar no tocante aos aspectos sociais e ao próprio desenvolvimento de uma região e do próprio país, resguardados os impactos proporcionais à amplitude da empresa e sua abrangência.

No que toca ao tema em voga, caso seja utilizada de forma racional e responsável o instrumento legal da parceria público-privada, poderá brotar investimentos de infraestrutura que atendam os interesses públicos e como resultado final o próprio desenvolvimento social, sem olvidar que o diferencial desta relação está em atender também as demandas e anseios do investidor, ou seja, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da parceria.

Para alcançar o equilíbrio adequado da parceria público-privada, deve-se inicialmente planejar de forma segura e equânime que os resultados positivos e os eventuais riscos sejam divididos entre as partes contratantes, cabendo ao parceiro privado buscar recursos para a consecução do projeto e ao parceiro público a garantia da remuneração merecida, além disso tudo, que o objetivo final do serviço ou obra atenda ao anseio do consumidor derradeiro (cidadão), que irá lucrar duplamente com os efeitos imediatos da infraestrutura disponibilizada, somada aos efeitos mediatos que a atividade empresarial reluz.

Em suma, se ponderados todos os fatores negativos que podem surgir da parceria público-privada e suas consequências puderem ser minoradas e equilibradas, desde que mantida esta relação dentro do limite extremo da probidade administrativa e da ética empresarial, os resultados serão propícios ao desenvolvimento social responsável.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou enfatizar a relação Estado-empresa sob os olhares puros e antagônicos do Estado liberal e do Estado social, apresentando graus variados e as consequências da intervenção estatal ou a ausência de regulação da atividade empresarial, ficando estatuído que a regulação é necessária sem que haja restrições imoderadas ao empreendedorismo.

Por conseguinte, a análise da tradicional conexão Estado-empresa através dos instrumentos vigentes até o estabelecimento da Lei nº 11.079/2004, demonstra que a relação contratual geralmente é imposta pelo ente público, havendo pouco espaço para

realização de projetos conjuntos, mesmo havendo legislação antecedente prevendo o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Ficou marcado também que a função socioeconômica da empresa supera a visão monofocal da função social, enviesando a preocupação da doutrina em relevar outros aspectos que motivam a sobrevivência da atividade empresarial, notadamente a preocupação de êxito econômico e resultados práticos (lucro) ao empresário.

A parceria público-privada se destacada como mecanismo de aproximação dos interesses do Estado em consonância com os anseios do empreendedor, não só objetivando o atingimento do interesse público, mas também o retorno do investimento do empresário na forma de lucro, sem que isso pareça espúrio ou antiético.

Surge desta nova roupagem legislativa a possibilidade de um relacionamento Estado-empresa mais próximo, desde que pautado pela legalidade e probidade com a finalidade de alcançar o interesse público exigido na atuação do parceiro público, aliado ao retorno econômico-financeiro almejado pelo parceiro privado.

A relação negocial na parceria público-privada é encarada como meio de atendimento de todas as expectativas dos envolvidos no negócio, não mais imposto de forma unilateral por uma das partes, cujo produto final, se construído sobre base sólida ressoaria como fomento importantíssimo à atividade empresarial, gerando em contrapartida resultados socioeconômicos relevantes.

Em síntese, a confecção de um adequado projeto de infraestrutura sob a modelagem da parceria público-privada pode frutificar resultados sociais reluzentes, desde que calcado em premissas éticas e saudáveis do ponto de vista econômico-financeiro, obviamente atendendo ao interesse público que deve sobejar após equalizadas todas as variantes mencionadas.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de Fevereiro de 1995.

BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de Dezembro de 2004.

BRASIL. **Lei nº. 13.874**, de 20 de setembro de 2019.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Fonte: <http://www.planejamento.gov.br>.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Fonte: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publicoprivadas/referencias/copy_of_perguntas-frequentes_consulta_efetuada_em_12/01/2018.

DAL POZZO, Emerson Luís. **Da Função Social à Função Socioeconômica: Função Social da Empresa e Recuperação Judicial**. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. e 30 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Atlas; 2015 e 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. e 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 e 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Os limites do direito de voto em recuperação de empresas**. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO OFENSA AO ESTADO DE DIREITO

Data da submissão: 16/03/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Glaber Silvino Hora

Mestrando em Direito pela Faculdade Nove de Julho; São Paulo – SP; <http://lattes.cnpq.br/0900412504222528>

RESUMO: As antigas constituições brasileiras, enquanto instrumento político, limitador de poderes, não cumpriram da melhor forma este papel durante todo o período da história, pois antes da Constituição de 1988, estávamos permeados de ilegitimidade, violação da legalidade constitucional, entre outras ofensas à formação de um saudável Estado de Direito. A Constituição de 1988 representou o início ou mesmo a tentativa de se firmar um Estado de Direito, com efetiva representatividade popular. No entanto, a história continua sendo construída e no meio de seu curso, Doutrinadores defendem a existência de uma nova ordem constitucional, nomeada de Neoconstitucionalismo. Este Neoconstitucionalismo, para alguns, não representa uma novidade e pode ser comparada com o velho conto “A Roupas nova do Rei”, de Hans-Christian Andersen”. Com a teoria do Neoconstitucionalismo, a idéia que se defende é da necessidade de transformar o estado legal em estado constitucional, onde se identifica

um novo paradigma na teoria jurídica e, por consequência, na prática dos tribunais, que reconhecem a força normativa dos princípios e os aplicam diretamente a cada um dos casos concretos. No entanto, a utilização dos princípios como força normativa, aplicando-os diretamente ao caso concreto trás maior elasticidade às normas e, por via de consequência, faz com que o intérprete do direito tenha a liberdade de utilizar seus valores pessoais em detrimento dos valores já enfrentados por uma pluralidade de representantes do povo, no ato positivo de criação de normas de convívio social ou, ainda, no ato omissivo de não criação de direito. A utilização dos princípios de forma indiscriminada sob a roupagem de uma nova ordem constitucional, portanto, deve ser analisada sob a ótica da ordem constitucional no mundo, a fim de verificar se de fato existe um novo constitucionalismo e, ainda, se a utilização desta técnica é legítima frente às escolhas da sociedade representada pelo Congresso.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; neoconstitucionalismo; interpretação constitucional.

NEOCONSTITUTIONALISM AS AN OFFENSE TO THE RULE OF LAW

ABSTRACT: The Brazilian constitutions, as a political instrument, limiting powers, did

not perform this role in the best way throughout history, because before the 1988 Constitution, we were permeated with illegitimacy, violation of constitutional legality, among other offenses to the formation of a healthy rule of law. The 1988 Constitution represented the beginning or even the attempt to establish a rule of law, with effective popular representation. However, history is still being built and in the middle of its course, Indoctrinators defend the existence of a new constitutional order, called Neoconstitutionalism. This neoconstitutionalism, for some, is not new and can be compared with the old tale “The King’s New Clothes” by Hans-Christian Andersen. With the theory of neoconstitutionalism, the idea that is defended is the need to transform the legal state into a constitutional state, where a new paradigm is identified in the legal theory and, consequently, in the practice of the courts, which recognize the normative force of the principles and apply them directly to each of the specific cases. However, the use of the principles as a normative force, applying them directly to the specific case, brings greater elasticity to the norms and, consequently, makes the interpreter of the law free to use his personal values to the detriment of those already established faced by a plurality of representatives of the people, in the positive act of creating norms of social coexistence or even in the omissive act of non-creation of rights. The use of the principles indiscriminately under the guise of a new constitutional order, therefore, must be analyzed from the perspective of the constitutional order in the world, in order to verify if indeed there is a new constitutionalism and also if the use of this technique is legitimate against the choices of the society represented by Congress.

KEYWORDS: constitutionalism; neoconstitutionalism; constitutional interpretation

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição, é unanimemente concebida como um instrumento político, limitador de poder. Tal interpretação não representa inovação, mas um conceito já reconhecido, no mínimo, desde o Século XVIII, visando a aplicação dos objetivos da Revolução Francesa ou até mesmo das teorias minarquistas.

Tal conceito, se perdura até os tempos atuais, ressalvada as interpretações complementares que receberam o título de constitucionalismo moderno ou neoconstitucionalismo, bem como de classificações complementares, que serão abordados a seguir, em tópico próprio.

Antes, no entanto, é importante registrar que o neoconstitucionalismo é um termo formulado na Espanha e Itália, porém muito empregado na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo após a coletânea publicada em 2003 pelo jurista mexicano Miguel Carbonell.

No Brasil, o efeito da teoria do neoconstitucionalismo tem permitido que o Poder Judiciário crie determinados direitos que não estão positivados na Lei, utilizando os valores pessoais em detrimento daqueles positivados em lei ou ainda com a suposta positivação de normas que a sociedade representada decidiu por não fazê-la, como

a nova interpretação da penalização da homofobia, classificando-a como prática do mesmo tipo penal do racismo.

Tais práticas são classificadas como ativismo judicial, que acabam por afastar os juízes das atividades ordinárias que é julgar para que passem ao protagonismo da materialização das políticas públicas, contrariadas por alguns uma vez que acaba por subverter a ordem das obrigações institucionais fixadas no modelo da República Federativa.

2 | DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO.

Desde os primórdios do constitucionalismo, ou seja, no período em que se passou a adotar um documento escrito, entende-se que a Constituição representa uma “*norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis*” (SARMENTO, 2009, n.p.).

O constitucionalismo amolda-se ao conceito de Estado constitucional de direito, que se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial, que se caracteriza pela subordinação das normas a uma Constituição rígida (BARROSO, 2005, p. 16)

Barroso (2005, p. 21), explica que no constitucionalismo, como outrora era interpretado, a Constituição representava ‘apenas’ um documento essencialmente político, enquanto no neoconstitucionalismo, representa a mudança de paradigma, passando a dar à norma constitucional o status de norma jurídica. Continua sua explicação esclarecendo a origem histórica, advinda desde o fim da 2ª Guerra Mundial, com a reconstitucionalização ocorrida na Alemanha e, depois, Itália, Portugal e Espanha.

Daniel Sarmiento (2009, n.p.) explica que no Brasil, a concepção de Constituição como força normativa (neoconstitucionalismo) só teve início com o advento da Constituição de 1988, ainda que já existissem ferramentas constitucionais como controle de constitucionalidade das leis, pois a cultura jurídica brasileira não a enxergava como autênticas normas jurídicas.

A interpretação constitucional neste viés de nova hermenêutica, de acordo com o a afirmação da existência de um novo constitucionalismo, segundo Carlos Bastide Horbach (2007, p. 4), representa a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade.

Galvão (2012, p. 32-33) dedica parte de seu livro especificamente para demonstrar a dificuldade de definir ao certo o conceito de neoconstitucionalismo, sobretudo em razão dos conflitos entre as correntes filosóficas. Assim, após a análise de diversos doutrinadores que se intitulam neoconstitucionalistas, sintetiza o conflito nas seguintes palavras:

Não há dúvidas de que as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, em vários pontos se distanciam das de Lênio Luiz Streck. Enquanto o primeiro acredita na utilização de técnicas de interpretação constitucional, o segundo se mostra contrário ao emprego de qualquer método de hermenêutica jurídica. Da mesma forma, enquanto Antônio Cavalcanti Maia se diz adepto do procedimentalismo de Jürgen Habermas, Luís Roberto Barroso adota um posicionamento de cunho nitidamente substantivo, bastante influenciado pelo modelo de ponderação construído por Robert Alexy. Há quem afirme de maneira peremptória que o Neoconstitucionalismo se apresenta como “um novo paradigma tanto na teoria quanto na prática dos tribunais”, ao passo em que outros defendem que “o que a doutrina tem designado de Neoconstitucionalismo, em princípio, não substancia, organicamente, em nova teoria constitucional”.

Assim, em que pese se entenda que o ponto central do neoconstitucionalismo é a interpretação da Constituição como instrumento de força normativa, constata-se como primeira dificuldade a definição expressa do que representa o neoconstitucionalismo.

Apesar da dificuldade de definição, certo é que esta nova interpretação constitucional se funda no ativismo judicial, que representa a razão central para que o Poder Judiciário passe a promover a aplicação dos princípios radicados na Constituição de uma forma centrada, em vez de aplicar o Direito baseado na legislação (Ávila, 2009, p. 2).

Esta nova hermenêutica constitucional entende possível a mitigação da separação dos poderes, de modo a não impor limites rígidos ao Poder Judiciário e, assim, gerando um espaço ao ativismo judicial na defesa dos valores constitucionais. Isto é, os valores presentes na Constituição passam a ser fiscalizados pelos Juízes não eleitos, que proferem suas decisões, ainda que contrárias ao interesse do parlamento em razão da inexistência de lei ou, ainda, dando-lhe interpretação diferente para que se alcance determinado valor presente na Constituição (Sarmiento, 2009, n.p.).

3 | NEOCONSTITUCIONALISMO COMO OFENSA AO DIREITO

Muito embora respeitáveis juristas identificarem e defenderem a existência de um constitucionalismo moderno, alguns outros tão respeitáveis quanto defendem que não existe um novo constitucionalismo, mas sim uma roupa que apenas alguns dizem enxergar para o constitucionalismo. Roupa esta chamada de neoconstitucionalismo.

A história é comparada com o conto “A Roupas nova do Rei” de Hans-Christian Andersen (Horbach, 2007, p. 1-2), onde um Rei vaidoso vestia a melhor roupa, produzida por alfaiates que juravam produzir roupas que apenas os inteligentes, competentes e sinceros seriam capazes de enxergar seu tecido. Todos, ao olhar para a roupa inexistente, confirmavam enxergar para não parecer tolo perante à sociedade, até que uma criança disse: “O Rei está nú”.

Assim, Carlos Bastide Horbach (2007, p. 2), segue esclarecendo que o neoconstitucionalismo pode ser interpretado como a roupa do rei, onde vários juristas afirmam enxergá-lo, partindo de um marco teórico pós-positivista e, em razão disso,

defendem a existência de espaço para uma nova hermenêutica.

A idéia de que pode um intérprete, sobretudo os integrantes de algum dos poderes constituídos, aplicar a constituição de forma normativa, criando ou suprimindo algumas regras no ato da aplicação do direito, é explicado por Cezar Saldanha Souza Júnior *apud* Horbach (2007, p. 3), quando afirma que:

“(...) não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores; antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer Justiça no caso concreto. Também não é tanto a legislação que existe para fazer a grandeza ou preservar eficácia das constituições; antes, as constituições é que foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprimindo as defeituosas”.

O principal motivo para esta confusão na aplicação do direito constitucional não é apenas uma falta de arranjo institucional adequado, mas também por uma crise de mentalidade, como afirma a dura crítica de HORBACH (2007, p. 3). Tal crise de mentalidade é afirmada em razão das operações mentais requeridas do legislador serem distintas das de um juiz e, estas, diferentes dos responsáveis pela guarda da Constituição. No entanto, no Brasil estas mentes estão embaralhadas. Como exemplo, Horbach (2007, p. 3-4) utilizou os juízes.

A causa da “embaralhação” de mentalidades é algo de difícil explicação, no entanto, um dos principais motivos de se difundir o novo constitucionalismo se dá pela influência do Poder Judiciário, que o fundamenta num pouco claro pós-positivismo. E assim, para que se esclareça a nova hermenêutica, necessário efetuar uma comparação com a hermenêutica tradicional (Horbach, 2007, p. 4).

Para comparar a hermenêutica tradicional com a nova hermenêutica, calcada no novo constitucionalismo, importante levar em consideração os dizeres do, talvez, mais famoso neoconstitucionalista brasileiro, Luís Roberto Barroso. Assim, em obra produzida em coautoria com Ana Paula de Barcellos, estes apontam que a nova hermenêutica representa a aplicação da vontade da constituição, que se justificaria em razão do passado (BARROSSO e BARCELLOS, 2003, p. 143).

Assim, na teoria neoconstitucionalista, os princípios constitucionais recebem um status de norma jurídica e passam a ter uma aplicação direta (BARROSSO e BARCELLOS, 2003, p. 147-148).

Como vimos, a interpretação neoconstitucionalista adentrou ao Direito brasileiro por meio do direito comparado, cuja ampla interpretação constitucional já estava presente nos Estados Unidos da América desde o início do Século XX. O questionamento que deve ser feito constantemente é se as decisões baseadas em ativismo são positivas para sociedade. A resposta, pode-se extrair da explicação de Galvão (2012, p.40), quando explica que:

Em vários casos, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade de quase 200 leis que conferiam direitos sociais a trabalhadores – como o estabelecimento de salário mínimo e de jornada máxima de trabalho – sob o fundamento de que tais medidas feririam a liberdade de contratar, direito inerente ao princípio do devido processo legal. Especificamente no caso *Lochner v. New York*³⁶, julgado em 1905, a Corte invalidou uma multa imposta a proprietário de uma panificadora que havia submetido seus funcionários a uma carga horária superior a 60 horas semanais, o que era proibido pela legislação estadual. Decidiu-se que o estatuto nova-iorquino interferia de maneira ilegítima no direito de contratar do patrão e de seus empregados, razão pela qual fora declarado inconstitucional.

Ou seja, mesmo a lei garantindo direitos à classe trabalhadora, o poder judiciário a pretexto de aplicar a Constituição como força normativa, invalidou tais dispositivos para afastar o direito constituído com base em procedimento legítimo, por parlamentares eleitos.

Em que pese uma pluralidade de juristas entendam que a Constituição possui sua força normativa, não se pode olvidar que “*a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada, situação*” (HESSE, 1991, p. 22/23).

Veja que o objetivo é a interpretação de uma norma. Ou seja, a norma antecede e é o objeto da interpretação, que é feita utilizando os parâmetros estabelecidos na Constituição, a fim de alcançar os objetivos traçados por esta mesma Constituição.

Isso significa que os valores aplicados em uma situação fática são discutidos no momento adequado, quando de sua criação pelos legitimados, assim escolhidos pelo povo daquele Estado. E esta questão é bem explicada por Jorge Octávio Lavocat Galvão quando da citação de Joseph Raz, ao esclarecer sobre as razões de primeira ordem e razões de segunda ordem (Galvão, 2012, p. 17).

As razões de primeira ordem são aquelas que alimentam as visões pessoais de cada indivíduo, como por exemplo seus valores pessoais, o que cada um entende por moral, etc., enquanto as razões de segunda ordem, é a própria lei.

Com a explanação supra acerca do que Joseph Raz apud Galvão (2012, p. 17) ensina ser razões de primeira ordem e razões de segunda ordem, cabe a reprodução dos esclarecimentos de Galvão acerca de sua aplicabilidade perante um problema:

De acordo com o Professor de Oxford, nas situações ordinárias, um agente, ao deparar com um problema, valora as diversas razões de primeira ordem antes de decidir como agir. Havendo um conflito entre essas razões, prevalece o argumento mais convincente, fazendo com que o sujeito tome a decisão que entenda ser a mais correta considerando todo o quadro existente. No entanto, em um cenário em que há uma razão de segunda ordem, a lógica difere. Isso porque as razões de segunda ordem possuem preferência em relação às de primeira ordem, excluindo as razões pessoais. Entenda-se, as razões de segunda ordem não competem com as de primeira ordem na formação da vontade, não sendo possível fazer-se um juízo de ponderação entre os dois tipos de razão envolvidos em uma tomada de decisão. Não há como medir forças entre as duas espécies de razão. As razões de segunda ordem sempre prevalecem por estarem em um patamar mais elevado,

indicando, de antemão, a solução que deve ser adotada, evitando-se erros de cálculo por parte do agente. As razões de segunda ordem, portanto, reclamam ter autoridade (GALVÃO, 2012, p.17).

Ou seja, ao conjugar as citadas explicações de Galvão e Hesse, é possível verificar que a interpretação neoconstitucionalista importa na subversão dos valores de modo a permitir que a lei, criada em sua origem pelo Poder Legislativo – efetivo representante do povo quanto às regras que devem ser observadas num Estado de Direito – seja suprimida pela vontade daquele que a pretexto de interpretá-la aplica valores próprios em detrimento das regras do Estado.

O que seria aceitável como afirmação a respeito do neoconstitucionalismo, acaso chegássemos num consenso de sua existência, é que, como nas palavras de SANTOS (2018, n.p.), *“as normas infraconstitucionais devem ser analisadas, interpretadas e aplicadas conforme as normas constitucionais, os princípios jurídicos e os direitos fundamentais”*. Ou seja, as normas já existentes (não as criadas com base em interpretação principiológica) devem ser interpretadas à luz da constituição, como o que chamamos de “interpretação conforme”.

O respeito à lei é indispensável. Pois em sendo o Estado de Direito o instituto que impõe a criação das regras pelo Estado e determina que este mesmo Estado obedeça as regras por ele criada, bem como com a comprovação de que os valores pessoais devem ser suprimidos quando em conflito com a presença de uma regra instituída por lei, temos que a aplicação dos princípios de forma isolada ofende este mesmo estado de direito. Tal explicação fica ainda mais clara nas palavras de Galvão (2012, p. 202), quando diz que *“ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do fim”*.

4 | CONCLUSÃO

A interpretação Constitucional deve respeitar alguns limites e, acaso estes não sejam respeitados, por via de consequência, ocorrem os excessos na sua interpretação.

No ato da interpretação da constituição, deve-se ter em mente que o próprio instrumento que visa interpretar é um documento de limites, ou seja, todo este instrumento tem a função de garantir determinados direitos aos cidadãos e determinadas obrigações ao Estado e seus agentes. Ou seja, o Estado – e seus agentes que o presentam – devem respeitar aquelas regras para que tenhamos o respeito aos direitos individuais ou, ainda, ao próprio Estado de Direito.

Os limites constitucionais, pode-se dizer, começa por aqueles impostos aos legisladores, que não podem tratar de determinadas matérias ou mesmo, ao ter a permissão de fazê-lo, devem manter todo o sentido da Constituição, afinal, não se pode desnaturar o texto constitucional pela via de interpretação (Morales, 2011, p. 23).

Os excessos, ou as interpretações extensivas são hoje considerados os chamados ativismos judicial, muito embora o ativismo possa ser exercido, numa análise mais ampla, por qualquer dos poderes.

Conforme pode-se extrair dos ensinamentos de Morales (2011, p. 25/26) e Galvão (2013, p. 51), o ativismo judicial – que como dito representa o excesso no momento da interpretação constitucional – está intimamente ligado ao chamado Neoconstitucionalismo, que apesar de negado por alguns que defendem a não existência de um novo constitucionalismo, é reconhecido por muitos quando desta “nova forma” de interpretação mais extensiva visando uma “maior garantia de direitos”.

No entanto, se o direito é materializado pela norma positivada, essa tal “maior garantia de direitos” se torna uma contradição em si mesmo, uma vez que com base na interpretação, aplicando valores ponderados apenas pelo aplicador da lei no momento em que enfrenta o problema, não pode ser considerado direito, sob pena de se dar a liberdade de criação de direitos aleatoriamente, sem qualquer legitimidade.

O ativismo judicial pode ser considerado perigoso justamente em razão da Constituição trazer uma série de limites com o fito de manter o sistema de freios e contrapesos, pois sob o pretexto de fortalecer valores, cria-se conflitos sociais. No passado já tivemos a figura do soberano com a última palavra sobre a criação de determinada lei e também julgando e isso foi indiscutivelmente tido como uma forma de governo nociva à sociedade.

Na tese de Doutorado de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014), fica muito clara a idéia de que o ativismo é prejudicial à sociedade, na medida em que o intérprete, ao estender a interpretação de determinado dispositivo constitucional, visando garantir um valor, está na verdade, aplicando seus valores sobre aqueles que foram decididos no ato da criação pelo constituinte originário ou legislador ordinário.

Pode-se afirmar que naquele ato, com representação de diversos segmentos da sociedade, se resolveu suprimir determinados direitos, conferindo maior amplitude a outros de forma que, ainda que determinado segmento da sociedade entendesse prejudicado, tal decisão foi legítima e representa a regra de convivência daquela sociedade.

Permitir esta nova forma de interpretação constitucional é o mesmo que permitir ao Poder Judiciário criar um direito e, com base nesta nova criação – no mesmo ato do julgamento – já se aplique uma sanção, sendo o jurisdicionado surpreendido por uma regra de conduta que não conhecia no momento da prática de seu ato. E a partir daí já se cai por terra toda aquela regra básica, como expressão da vontade da sociedade representada pelo Poder Constituinte Originário e aprendida nos bancos acadêmicos nas lições de Direito Penal de que “não há crime sem lei anterior que o defina”.

A aplicação desta nova forma de interpretação constitucional, já tem causado polêmicas no Brasil, sobretudo no famoso caso, amplamente divulgado na mídia quanto à penalização ou não da homofobia.

Neste caso, em razão da omissão do Poder Legislativo – que pode ser considerada

também um ato político quando da escolha de não positivizar determinada norma como uma opção da sociedade – decidiu o STF ao julgar os processos (ADO 26 e MI 4733) aplicar a mesma pena do racismo àquele agente que praticar ato classificado como homofobia.

Assim, a extensividade de determinados valores, que reconhecemos como ativismo judicial, sob o pretexto de garantir maior proteção a determinados indivíduos, subverte a própria essência da constituição e pode remeter a sociedade, mais uma vez, para a condução de autoridades com poder ilimitado que aplicarão à Constituição de acordo com seus valores e interesses pessoais, o que, por ato de consequência, subvertem a organização do Estado e ofendem de forma irremediável o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF**, Número Único: 9996923-64.2013.1.00.0000. Relator: Min. Celso de Mello. Processos, ADI, ADC, ADO e ADPF, 13 junho 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**, Número Único: 9942814-37.2012.1.00.0000. Relator: Min. Edson Fachin. Processos, Acompanhamento Processual, 13 junho 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosAtendimentoSTF&pagina=processosAtendimentoSTF>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 23 ago 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-Constitucionalismo, Pós-Positivismo e outros modismos**. Revista dos Tribunais. vol. 859, p. 81-91, 2007.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e interpretação constitucional**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-16042012-161140. Acesso em: 01 set 2019.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Lures, 2009.

PROIBIÇÃO DA DIVULGAÇÃO DO NAZISMO E RESTRINGIBILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Data de Submissão: 19/03/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Juliana Picollo Messias

Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium -
UniSALESIANO
Lins/SP

<http://lattes.cnpq.br/2164641754207621>

Pedro Lima Marcheri

Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium –
UniSALESIANO
Lins/SP

<http://lattes.cnpq.br/6494889809917415>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno do Nazismo sob o aspecto dos direitos e garantias fundamentais. Não obstante, a ideia de que a igualdade é um direito fundamental, reconhecido pela Constituição brasileira, além de discutir a relação entre a liberdade de expressão e seus limites no *hate speech*, analisando o tema sob a influência do racismo. A pesquisa será elaborada com base na revisão da literatura especializada sobre o tema. Concluiu-se que a proibição no nazismo ocorre em alguns casos no Direito brasileiro, havendo necessidade de modulação da liberdade de expressão conforme a demanda, principalmente com base no critério do estilo da publicação.

PALAVRAS-CHAVE: Nazismo. Liberdade de Expressão. Discurso de Ódio. Restringibilidade. Direito Penal.

PROHIBITION OF THE DISSEMINATION OF NAZISM AND RESTRINGIBILITY OF FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT: This article aims to analyze the phenomenon of Nazism under the aspect of fundamental rights and guarantees. Nevertheless, the idea that equality is a fundamental right, recognized by the Brazilian Constitution, as well as discussing the relation between freedom of expression and its limits in hate speech, analyzing the subject under the influence of racism. The research will be elaborated based on the review of the specialized literature on the subject. It was concluded that the prohibition on Nazism occurs in some cases in Brazilian law, and there is a need to modulate freedom of expression according to demand, mainly based on the style of publication.

KEYWORDS: Nazism. Freedom of expression. Hate Speech. Restrictability. Criminal Law.

1 | INTRODUÇÃO

A reflexão sobre os limites da liberdade de expressão na sociedade atual tem ganhado outras camadas na última década, principalmente pelo reconhecimento de novas interações nos direitos fundamentais orbitando ao tema. De fato, a tutela da liberdade de expressão encontra-se intimamente conjugada à garantia da democracia e igualdade, havendo necessária convergência deste com o ambiente democrático multicultural.

Uma das formas de exteriorização de manifestações odiosas consiste na divulgação do nazismo em suas diferentes nuances. Discursos deste jaez recebem restrições no Direito brasileiro, tanto na esfera penal, quanto no que tange as demais searas jurídicas. Um exemplo importante neste sentido consiste na restringibilidade das obras autorais do nacional-socialismo, que exaltam a ideologia genocida fascista.

Deste modo, o presente artigo objetiva analisar, à luz do sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, a coerência jurídica na restrição de tais condutas.

O trabalho está dividido em três tópicos centrais, a saber: primeiramente, serão analisadas as especificidades dos direitos fundamentais incidentes ao discurso de ódio. Na segunda parte, são abordados os parâmetros norteadores na criminalização do nazismo. Por último, a restringibilidade relativa à distribuição da obra *Mein Kampf* no Brasil.

2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFRONTO COM O DISCURSO DE ÓDIO

As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (SANTOS; NUNES, 2012, p.38).

Entre os diferentes direitos expressos na Constituição, a liberdade de expressão constitui primado especialmente fundamental, pois sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática de nosso Estado. No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas (TORRES, 2013).

Analisando a problemática relacionada ao tema sob os aspectos da fixação de limites à liberdade de expressão, Sarmiento (2006) indica que manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, são congominadas como “*hate speech*” ou discurso de ódio.

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Se, por um lado, a democracia exige realmente a liberdade de expressão, por outro, ela também pressupõe a igualdade. E o *hate speech* destina-

se exatamente a negar a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação. (SARMENTO, 2006).

Ademais, o discurso de ódio se torna uma manifestação ofensiva dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea, com o objetivo de promover a sua segregação e de minimizar sua participação no exercício da cidadania. Ademais, tal prática fere o direito constitucional à igualdade. Nesse contexto, entende Moraes (2011) que o princípio da igualdade é informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional, tido como um vetor de interpretação constitucional da democracia em virtude de seu valor.

Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas. (WALZER, 1997)

O desenvolvimento estrutural sobre o assunto, produto de circunstâncias históricas, dificultou a sistematização de princípios universalmente aceitos sobre as balizas contingentes do discurso do ódio. No entanto, com base na maioria dos sistemas jurídicos, um teste de três partes poderia ser deduzido, resumindo a maneira internacionalmente aceita de como o discurso de ódio deve ser tratado:

Restrições ao direito à liberdade de expressão são permitidas com condição de que a restrição seja: 1) prevista em lei; 2) objetiva finalidade legítima (como, por exemplo, a prevenção da opressão da minoria ofendida, o aumento a hostilidade e a proteção da reputação de terceiros); e 3) ser estritamente necessária para atingir esse objetivo.

A partir da discussão dos conceitos de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, podemos classificar o direito à igualdade como humano e fundamental, tendo em vista o fato de que se encontra previsto nas declarações internacionais de direitos, sendo protegido em âmbito transnacional e, também, por ser, pelo menos no Brasil atual, reconhecido pelo ordenamento jurídico interno com status constitucional. (FILHO; ALMEIDA, 2015?)

Segundo Moraes (2011) o princípio da igualdade é informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional, tido como um vetor de interpretação constitucional da democracia em virtude de seu valor.

O princípio da igualdade é um princípio do Estado de Direito e do Estado Social, considerando-o como princípio de justiça social. A ideia de igualdade é estruturante do regime geral dos direitos fundamentais. O constitucionalismo liberal afirma estritamente: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Assim, a igualdade jurídica nasce de forma indissociável da liberdade individual, a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2011).

“A igualdade e o pluralismo são bens jurídicos tutelados pela criminalização do racismo.” (SILVEIRA, 2007). Consoante previsão do art. 5º, XLIII, da Constituição

Federal de 1988, o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. A constituição, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema (SANTOS, 2013a).

Thais Pacievitch (2009) entende ser racismo uma “maneira de discriminar as pessoas baseada em motivos raciais, cor da pele ou outras características físicas ou religiosas, de tal forma que umas se consideram superiores a outras”.

A partir do desenvolvimento da ideia de superioridade de uma classe em razão de outra, nasce a discriminação, que surge no momento em que se detecta a existência de diferenças entre os grupos. Para Samantha Ribeiro, “a discriminação é mais forte do que a simples diferença, pois ela é utilizada em um sentido pejorativo e tem por fundamento critérios ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade de um grupo em relação ao outro”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 109, 110)

O mandado constitucional de criminalização do racismo significou um avanço no combate às discriminações originárias de cor ou raça. O texto constitucional veda a prática do racismo nos termos da lei, de modo que a referida lei coverter-se-ia, mais tarde, na norma penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Com a edição do mandado de criminalização, extingue-se a conjectura acerca da licitude ou não de determinado tema, devendo ser, compulsória e integralmente, cumprida pelo legislativo. (MARCHERI, 2017).

Por esse ângulo, Santos (2013b, p. 257-258) reitera a importância da criminalização para a garantia dos direitos fundamentais:

Em termos nacionais, a Constituição também veda o racismo [...] nos termos da lei. Tal lei seria a legislação penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Logo, o texto constitucional, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema, por considerar a igualdade um bem jurídico fundamental a uma vida digna, passível, portanto, de tutela por parte do Direito Penal.

O racismo, em si, constitui uma espécie de discriminação odiosa, e por mais que a legislação estabeleça os fatores de discriminação criminalizáveis, não há uma definição clara de quais desses fatores se encaixam na prática do racismo, e sobre os quais recairia o mandado contido no art 5º, XLII.

Com relação aos judeus, o tema ganha uma dimensão mais específica: considerando que as diferentes formas de discriminação odiosa contra o povo judaico baseiam-se em critérios distintos (econômico, racial, religioso, político), poder-se-ia interpretar qualquer forma de antissemitismo, independentemente do fator discriminatório base, como *prática de racismo*? (MARCHERI, 2017).

Daniel Sarmiento (2010, p. 208) esclarece que o *hate speech* é um tema ligado ao limite da liberdade de expressão relacionado à “manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à

etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”.

Nesse sentido, entende Fabiano Augusto Silveira que é estreme de dúvida que o princípio do repúdio ao racismo, especialmente pela via de criminalização, guarda relação direta com a tutela da igualdade, alçada à condição de direito universal, nos termos do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Art. 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir, uns perante os outros, com espírito de fraternidade”. (SILVEIRA, 2007).

Diversos tratados internacionais sobre direitos humanos editados após a 2ª Guerra Mundial obrigam os Estados signatários a proibirem e coibirem o hate speech. É evidente a valorização da liberdade de expressão no âmbito dos Direitos Humanos, voltado ao ataque contra minorias estigmatizadas. (SARMENTO, 2006)

Sob este viés, é importante ressaltar o art. 4º do Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

Art. 4º. Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no art. 5º desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação, ou de discriminação desta espécie, dentre as quais:

- a) Declarar como crime punível pela lei toda disseminação de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) Declarar ilegais e proibir as organizações, e também as atividades de propaganda organizada ou não, que promovam o ódio e incitem à discriminação racial, e reconhecer a participação nestas organizações ou atividades como crimes puníveis pela lei”.

Afirmando o exposto, Sarmiento, (2006) entende que é evidente que tal declaração universal tem extrema relevância na interpretação do sistema interno de proteção aos direitos fundamentais. Ademais, tendo sido definitivamente incorporados ao ordenamento brasileiro, estes instrumentos internacionais não só obrigam o Brasil perante a comunidade global, como também compõem o marco legal dentro do qual a questão do *hate speech* deve ser examinada em nosso país.

3 | RECORTE TERMINOLÓGICO

O discurso do ódio, ou *hate speech*, é todo o discurso que pregue a intolerância, o ódio e a discriminação a determinados grupos sociais ou minorias (SILVA, 2016). Ademais, a disseminação de símbolos de ódio trata-se de uma das expressões do discurso de ódio com influxos mais importantes na seara jurídica.

É o discurso da intolerância com potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas. Quando um discurso busca interferir na dignidade humana, na igualdade entre as pessoas, no próprio regime democrático e nos valores que formam uma sociedade pluralista, é possível que se esteja diante de manifestações de ódio. (SILVA, 2016).

Mendes (2018) descreve o paradoxo da intolerância que permeia o discurso de ódio:

O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas.

Em muitos casos, verifica-se grande dificuldade de categorizar certos discursos como discursos de ódio, passíveis de punição segundo a legislação da maioria dos países de regime democrático, sobretudo aqueles cujas cartas constitucionais resguardam a liberdade de expressão como um valor fundamental (COLIVER, 1992).

A divulgação da propaganda nazista é, em última análise, um modo de induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito racial. (SILVEIRA, 2007).

Embora haja a necessidade de defesa da liberdade de expressão, a disseminação de ideias que busquem o extermínio, a propagação do ódio, a restrição de direitos, a discriminação hostil de determinados grupos ou pessoas devem ser rechaçadas pelo Poder Público em razão de o discurso do ódio ser um limitador do direito fundamental da liberdade de expressão. A proibição do *hate speech* está relacionada com a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão em razão da sua colisão com outros direitos fundamentais e valores constitucionais estabelecidos. (SILVA, 2016).

Nas palavras de Pedro Lima: “Conclui-se que a subsunção típica e a penalização da exibição de símbolos de intolerância, via de regra, obedecem a critérios como a notoriedade do elemento gráfico e a reprovabilidade social a ele atrelado.” (MARCHERI, 2017).

Para André de Carvalho Ramos (2015, p. 524), “o discurso do ódio consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem”.

4 | PROIBIÇÃO DO LIVRO MEIN KAMPF COM BASE NA CRIMINALIZAÇÃO DO NAZISMO

No Brasil, em 1951, a criação da Lei nº 1.390, também conhecida como Lei Afonso Arinos entrou em discordância em frente a até então justificada prática antissemita, e incluiu entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou cor. Porém, tal lei se mostrou ineficiente, tendo em vista a falta de rigorosidade em suas punições, mesmo em casos explícitos de discriminação racial.

Não obstante, com o surgimento, em 1988, do mandado constitucional de criminalização, o racismo passou de contravenção penal, a crime inafiançável e imprescritível, tal como afirma o art. 5º, XLII da CF: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

Por essa razão, houve a necessidade de substituição da Lei supracitada, resultando na criação da Lei nº 7.716/89, que definiu os tipos penais que até então eram contravenções, em crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Em 1997, referida lei sofreu modificações que tinham como finalidade ampliar a punição das práticas preconceituosas, e inserir tipos penais que abrangessem atividades que antes não se enquadravam nas punições dadas pela lei. De autoria do deputado Alberto Goldman, a art. 20º desta lei, se tornou um avanço do repúdio à disseminação de ódio resultante da divergência de raças, e seu §1º cerceou práticas que buscam disseminar e defender tal prática repugnante:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Com efeito, a mudança na legislação significou uma evolução na defesa do direito constitucional de igualdade, porém, não extinguiu totalmente as práticas preconceituosas enraizadas na sociedade, que persistem até os dias atuais.

Recentemente, uma decisão¹ proferida pelo juiz de Direito Alberto Salomão, da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, proibiu a venda, exposição e divulgação do livro *Minha Luta (Mein Kampf)* de autoria de Adolf Hitler.

A proibição se deu a pedido do Ministério Público e foi atendida, em primeiro grau, pelo juiz Alberto Salomão Junior, sob o pretexto jurídico de que a “venda de livros que veiculam ideias nazistas ferem gravemente a ordem pública, pois afronta a norma penal insculpida no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei 77168/89” (LIMA, 2016).

A proibição do livro não é uma questão patrimonial de direito autoral, mas uma restrição estatal fundamentada numa suposta proteção coletiva de direitos contra

uma exposição e incitação ao crime, pois, a criação da obra tinha como objetivo a propagação de uma conduta intolerável de discriminação e violação aos direitos humanos, hoje assim reconhecidos (LIMA, 2016).

Existem controvérsias em razão da proibição do livro que permeiam o mundo jurídico. Alguns autores entendem que a censura da obra fere o direito à liberdade de expressão, e que a divulgação desta, seria mecanismo indispensável para o entendimento de uma parte importante da história.

Esta espécie de intolerância é inadequada com o sistema constitucional democrático atual, nem mesmo por razões históricas relevantes como o antissemitismo. É imposto um desfecho único a todos os jurisdicionados: todo historiador, por exemplo, necessariamente estaria disseminando ao ódio ao adotar o livro como objeto de pesquisa; qualquer tese de doutorado envolvendo *Mein Kampf* seria necessariamente censurada já que a tese giraria em torno de um objeto estático e invariavelmente discriminatório (DELFINO; SILVEIRA; CASTRO E SILVA, 2016).

Acerca da discordância de opiniões, Marcheri (2017) entende que deve haver uma análise crítica em definir um símbolo como permitido ou proibido, de tal modo que ícones importantes como imagens do líder nazista Adolf Hitler e os pavilhões nazistas precisam ser conhecidos como parte relevante da narrativa histórica. Outrossim, tal relevância não deve ser ponto de legitimidade para que estes sejam exibidos em qualquer lugar e diante de qualquer contexto. O emprego destas representações deve receber a atenção necessária, de maneira que a análise jurídica deverá basear-se muito mais na conveniência do uso do símbolo do que no raciocínio sobre sua licitude ou ilegalidade.

Kershaw (2010, p. 181) ressalta a importância da obra para a compreensão da doutrina nacional-socialista e seu líder:

Uma declaração intransigente de seus princípios políticos, sua 'visão de mundo', o sentido de sua 'missão', sua 'visão' da sociedade e seus objetivos de longo prazo. Não menos importante, estabelecia a base do mito do Führer, pois Hitler se retratava com qualificações incomparáveis para conduzir a Alemanha de sua miséria de então para a grandeza.

Hodiernamente, à obra *Mein Kampf* são atribuídas as seguintes valorações, explanadas convenientemente por Delfino, Silveira e Castro e Silva (2016):

a) positiva, relacionada ao seu conteúdo ideológico e, portanto, deve ser divulgada ou comercializada para que haja a alteração na tábua axiológica predominante (objetivo de grupos neonazistas, por exemplo) com a realização do programa ali proposto; b) negativa, relacionada ao seu conteúdo ideológico e, portanto, não deve ser divulgada ou comercializada por contrariar a tábua axiológica predominante, evitando-se a realização do programa ali proposto; e c) positiva, relacionada não ao seu conteúdo, mas ao seu impacto na História da humanidade (significado historiográfico) e, portanto, deve ser divulgada ou comercializada a fim de produzir e adquirir conhecimento filosófico e científico — realização de outro valor positivo — e, também, evitar a realização do programa ali proposto depois de conhece-lo

Em suma, deve-se ponderar o direito de liberdade de expressão, e medir até que ponto tal símbolo significa uma parte relevante da história, ou retoma um sentimento de repressão contra uma classe minoritária que ainda sofre as consequências da perseguição que sofreu, a saber, os judeus. Em qualquer caso, a tipificação deverá obedecer a um caráter genérico e amplo por ser imprescindível à proteção de todos contra qualquer forma de discriminação odiosa (MARCHERI, 2017).

5 | CONCLUSÃO

São inegáveis as marcas deixadas pelo que foi o maior fenômeno de perseguição e dizimação dos Judeus. É necessário o reconhecimento de que a legislação específica para punir a discriminação odiosa resultante de preconceito de raça ou cor é ainda deficiente. Deve-se levar em conta a extensão do dano causado por tais crimes que divulgam e ainda fazem perdurar o preconceito atualmente.

A ligação entre a tolerância e a liberdade de expressão é evidente, já que dita liberdade impõe à sociedade o respeito ao direito de cada um de pensar e de expor opiniões que muitas vezes desagradam profundamente a maioria das pessoas. Portanto, a discussão sobre o hate speech é, em boa parte, um debate sobre os limites da tolerância.

A Constituição Federal brasileira atual trouxe consigo muitos dispositivos em prol da igualdade, da não discriminação, da preservação dos direitos humanos. Porém, o direito à igualdade, conceito tão amplo, considerado como um princípio, ainda se mostra frágil, ante aos modelos de discriminação odiosa que ainda persistem na sociedade. Vale ressaltar ainda, que o desrespeito à igualdade, impede o exercício de qualquer outro direito fundamental.

Não obstante, vale ressaltar que o discurso de ódio tem se proliferado na sociedade brasileira, muito em razão da maior acessibilidade à internet e às redes sociais, de modo que se fazem necessárias reformas legislativas a fim de incluir outras formas de discriminação no art. 20 da Lei n. 7716/89, para que tais práticas sejam tipificadas e punidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 7.716** de 5 de janeiro de 1989. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p.292.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed.

Coimbra: Almedina, 2011.

COLIVER, S. (ED.). **Striking a balance: hate speech, freedom of expression and nondiscrimination**. London: London and Human Rights Centre/ University of Essex, 1992.

COUTO, Sérgio Pereira. **Os segredos do Nazismo**. Editora Universo dos Livros. São Paulo. 2010.

DELFINO, Lúcio; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; CASTRO E SILVA, Jhonatan de. **Proibição a livro de Adolf Hitler ignora solenemente dispositivos constitucionais**. 05. fev. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/proibir-livro-adolf-hitler-ignoradispositivos-constitucionais#_ednref2. Acesso em: 19 dez. 2018.

FILHO, Francisco Humberto Cunha; ALMEIDA, Daniela Lima de. **Igualdade como Direito Humano e Fundamental e sua evolução nas Constituições Brasileiras**. Revista Publica Direito, (2015?). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3ab4ff8fa4deed2>. Acesso em: 20. Dez. 2018.

FREITAS, Riva Sobrado De; CASTRO, Matheus Felipe De. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência (Florianópolis). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, n. 66, p. 327-355, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/110241>. Acesso em: 01 mar. 2018.

JUNIOR, João Ribeiro. **O que é Nazismo**. 3º Ed. São Paulo. Editora Brasiliense. 1991.

KERSHAW, Ian. **Hitler**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LIMA, Lucas Correia de. **Anotações sobre a proibição judicial de divulgação da obra Mein Kampf**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47022/anoacoes-sobre-a-proibicao-judicial-de-divulgacao-da-obra-mein-kampf>. Acesso em: 19. dez. 2018.

MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES, Silvio Carlos. **A epistemologia do racismo no Brasil**. RIL Brasília a. n.208 out./dez. 2015 p. 149-166. 2015.

MARCHERI, Pedro Lima. **Discriminação odiosa em face dos judeus por meio da internet**. Dissertação (Doutorado em Direito). Centro Universitário de Bauru, 2017.

MARCHERI, Pedro Lima. **Difusão de Símbolos de Ódio: Modelos jurídicos de criminalização**. Revista Eletrônica do curso de Direito. UFSM – Universidade Federal de Santa Maria.

MARCHERI, Pedro Lima. **O Nazismo, Neonazismo e Outras Espécies de Discriminação no Sistema Penal Brasileiro**. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação Eurípedes Soares da Rocha, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **“A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NAZISMO. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/nazismo>. Acesso em: 01 mar. 2018.

PACIEVITCH, Thais. **Racismo - 31.03.09** - Infoescola. Disponível em <http://www.infoescola.com/>

sociologia/racismo/. Acesso em 13. Dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 524.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>. Acesso em: 12. dez. 2018.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as Práticas de Racismo**. Brasília: Câmara dos Deputados - Edições Câmara, 2013a.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Preconceito e Discriminação Racial pela Internet: Legitimidade da Incriminação**. 2013. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2013b.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2010.

SILVA, Thaís Moreth. **O discurso do ódio como instrumento balizador e limitador da liberdade de expressão**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/ThaisMorethdaSilva.pdf. Acesso em: 19. dez. 2018.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do Racismo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SOUSA, Bertone de Oliveira. **Nazismo, Socialismo e as políticas de direita e esquerda na primeira metade do século XX**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais – RBHCS. Vol. 7 N° 14, Dez. 2015.

TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa. N° 200, Dez. 2013.

WALZER, Michael. **On Toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997.

UMA ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA OBRA *O ABRAÇO* DE LYGIA BOJUNGA

Data de aceite: 06/05/2020

Anízio Alves de Oliveira Neto

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Cathedral – UNICATHEDRAL. Barra do Garças, Mato Grosso, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9220554999924885> . E-mail: anizioalvesneto@gmail.com

RESUMO: O artigo tem como intuito de apresentar uma interpretação que recai sobre a linha de pesquisa Direito e Literatura. Por meio de seus textos a Literatura permite ao escritor expressar um novo olhar do mundo e conseqüentemente proporciona ao leitor mergulhar no universo das palavras interagindo, com o que foi escrito. Neste sentido, a obra *O abraço*, escrita por Lygia Bojunga, a qual aborda com maestria por meio da narrativa de sua personagem central Cristina, um crime que fora vítima quando criança, permite essa interpretação jurídica no âmbito penal. A estória observada sob a ótica penal traz elementos importantes como os crimes de estupro de vulnerável, estupro e até mesmo um possível homicídio. Ressalta-se ainda, que o aspecto emocional e os traumas resultantes deste ato criminoso também se mostram presentes, uma vez que, após ser violentada e sem saber o que estava acontecendo, a menina retorna para sua

família, onde sua mãe no intuito de mascarar a dor opta por não mais falar no ocorrido, desencadeando em Cristina a denominada Síndrome de Estocolmo. Logo, busca-se demonstrar o quanto a Literatura tem para contribuir ao Direito e como seus textos podem ser relevantes para novas reflexões jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: direito e literatura; *O abraço*; código penal; estupro de vulnerável.

AN ANALYSIS OF THE CRIME OF RAPE OF VULNERABLE IN THE WORK *THE HUG* OF LYGIA BOJUNGA

ABSTRACT: The article intends to present an interpretation that falls on the line of research Law and Literature. Through his texts Literature allows the writer to express a new look of the world and consequently allows the reader to immerse himself in the universe of words interacting with what was written. In this sense, the work *The Embrace*, written by Lygia Bojunga, which masterfully approaches through the narrative of its central character Cristina, a crime that had been a victim as a child, allows this juridical interpretation in the criminal sphere. The story observed from the criminal perspective brings important elements such as the crimes of rape of vulnerable, rape and even a possible homicide. It is also emphasized that the emotional aspect and traumas resulting from this criminal act are

also present, since after being raped and not knowing what was happening, the girl returns to her family, where her mother in order to mask the pain chooses to stop talking about it, triggering in Cristina the so-called Stockholm Syndrome. Therefore, it seeks to demonstrate how much Literature has to contribute to the Law and how its texts may be relevant to new legal reflections.

KEYWORDS: law and literature; *The hug*; criminal code; rape of vulnerable.

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho foi elaborado com o intuito de abordar como a Literatura tem a contribuir para o Direito, uma vez que a Literatura proporciona uma nova visão do mundo jurídico, por meio de uma reflexão extraída do contexto da obra, tendo em vista o imaginário dos crimes ocorridos.

O *Abraço*, de Lygia Bojunga é uma obra em que permite ao mundo jurídico adentrar-se na violência sexual (estupro), que é vivida por Cristina-menina e narrada por ela mesma Cristina-mulher. Sendo assim, estabelece o Código Penal Brasileiro no seu art. 217-A o estupro de vulnerável que ao ter conjunção carnal ou na prática de qualquer outro ato que seja de caráter libidinoso com menor de 14 anos é crime assim como também o crime de estupro previsto no art. 213 do mesmo Código.

Assim sendo, compete exclusivamente ao Direito Penal punir o autor de suas práticas delituosas, tendo em vista que sua função é proteger os bens jurídicos mais essenciais, como: a vida, a liberdade, o patrimônio, a dignidade sexual, entre outros. Assim, assegurar um espírito de paz e justiça social para com a sociedade.

O tema deste trabalho partiu da linha de pesquisa Direito e Literatura, mais especificadamente, do Direito na Literatura. Dessa forma, a partir da tal vertente, tem-se como tema: “Uma interpretação jurídico literária da obra de Lygia Bojunga O Abraço em face do direito penal,” tendo em vista a análise da seguinte problemática: Como a autora Lygia Bojunga retrata o Direito Penal no livro *O Abraço*?

Diante do tema abordado, trata-se de uma pesquisa de natureza básica, que tem como objetivo explorar o tema Uma interpretação jurídico-literária da obra *O Abraço* de Lygia Bojunga em face do Direito Penal, gerando assim conhecimentos indispensáveis.

Diante das questões lançadas e da forma de abordagem da problemática realizada, a pesquisa qualitativa será de suma importância, visto que o objetivo principal desta é interpretar a obra *O Abraço* de Lygia Bojunga em face do Direito Penal.

Neste contexto, os objetivos da pesquisa foram de ordem exploratória, uma vez que visa proporcionar maior familiaridade com o problema. Igualmente, foi adotada, como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica, tendo, como auxílio materiais que tratam da temática, como exemplares, além de artigos acessíveis e teorias que norteiam o cenário jurídico e social.

Como autores fundamentais que contribuíram para o fundamento teórico da

pesquisa, tem-se Bojunga (2014), Bosi (1985), Capez (2014), Coutinho (1986), Godoy (2008), Trindade (2013), e o Decreto-lei nº 2.848/1941 (Código Penal Brasileiro), pois tal procedimento bibliográfico fora que melhor se adequou e que teve grande relevância para a formulação de respostas ao problema levantado.

Dessa feita, o método dedutivo foi de suma importância para a abordagem, posto que partiu da análise do todo para as partes, isto é, partiu da teoria pura e geral do Direito e da Literatura para, posteriormente, analisar-se a obra e teorias e lei específica (Código Penal Brasileiro), que são, portanto, os fenômenos particulares.

Já quanto método de procedimento utilizado, o comparativo é o que melhor se adequou, haja vista que permitiu a investigação entre os fatos e a legislação vigente, e que assim explicou segundo suas semelhanças e suas diferenças, pois a Literatura a partir de sua ficção possibilita interpretações de cunho jurídico-literário.

Ademais, para a elaboração deste artigo, explanou-se sobre: a vida e a obra da autora Lygia Bojunga; a Obra objeto de pesquisa deste artigo em uma breve síntese; a linha de pesquisa Direito e Literatura ressaltando-se o que é a Literatura e qual o seu papel para o mundo jurídico; e por fim apresentou A Obra e a Lei, bem como no universo dos crimes ocorridos na obra literária e à síndrome de Estocolmo.

Sendo assim, a reflexão que se segue justifica-se pelo fato de que este artigo poderá conduzir a reflexões concretas sobre crime devidamente tipificado no Código Penal, com o crime ocorrido na obra literária de Lygia Bojunga. Busca-se demonstrar o quanto a Literatura tem para contribuir para o Direito, ou seja, como seus textos podem ser relevantes para novas reflexões jurídicas.

Não obstante o enredo da obra de Lygia Bojunga ser escrito na fase mais atual em que a Literatura se encontra, de modo que, ao se retratar o delito de Estupro de Vulnerável, cumpre-se o papel de demonstrar que estes atos antissociais ocorram fazendo uma denúncia para com a sociedade e, entretanto demonstrando para os leitores em específico e na mesma medida, pois se trata não só de leitores infanto-juvenis, mas a todos aqueles que buscam uma leitura ficcional.

2 | AUTORA

Lygia Bojunga Nunes ou simplesmente Lygia Bojunga, nasceu na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, no dia 26 de agosto de 1932. É uma escritora brasileira que escreve seus livros para um público de literatura infanto-juvenil que ao qual o Brasil ganha um destaque em inúmeros leitores para os dias atuais. Como escritora tem um total de 22 livros publicados e seus livros traduções em 22 idiomas.

Tem seu primeiro contato com os livros aos sete anos de idade. Com oito anos sua família mudou-se para o Rio de Janeiro, no bairro de Copacabana. No ano de 1951 iniciou sua carreira como atriz, fazendo parte da Companhia de Teatro Os Artistas Unidos. Lygia abandonou a carreira de atriz e passou a escrever para o rádio

e televisão, onde inicia sua relação com os seus personagens. Estes que são amigos inseparáveis até os dias atuais.

Publica seu primeiro livro no ano de 1972 com o título *Os Colegas*, uma narrativa que conta a aventura de cinco animais, obra esta que lhe rendeu inúmeros prêmios nacionais e internacionais.

Vale destacar que, Lygia Bojunga foi à primeira mulher a receber uma premiação fora do eixo Estados Unidos – Europa, em se tratando de literatura infanto-juvenil. Prêmio este que recebeu em 1982, o Hans Christian Andersen. Lygia também é a primeira autora a receber o prêmio Astrid Lindgren Memorial Award, no ano de 2004, prêmio este criado pelo governo da Suécia. Recebeu o Prêmio Jabuti nos anos de 1973, 1993 e 1997. Prêmio Faz Diferença (personalidade literária do ano) – O GLOBO no ano de 2004. Prêmio Orígenes Lessa – Hors Concours – FNLIJ – *O Abraço* – Ed. AGIR.

Tem por diversas obras publicadas tais como: *A Casa da Madrinha* - 1978; *Corda Bamba* - 1979; *O Sofá Estampado* - 1980; *Nós Três* 1978; *Sapato de Salto* 2006; *A Bolsa Amarela* - 1976 considerado um clássico da literatura brasileira, entre outras obras publicadas. Para Lygia a relação com o livro passa a ser inigualável que resulta no ano de 2002 criando sua própria casa editorial “*A Casa Lygia Bojunga*”, com publicação da obra *Retratos de Carolina*. Consequentemente resgata todas as suas publicações uma a uma para sua casa editorial, que comemora tal feito na Bienal do Livro no Rio de Janeiro. Vale destacar que *A Casa Lygia Bojunga* foi criada unicamente para abrigar os livros de Lygia, não tendo qualquer intenção de publicar livros de outros autores.

Perguntaram a Lygia Bojunga por que tinha se tornado editora de seus próprios livros e então ressaltou:

A razão primordial foi aprofundar a minha relação com o LIVRO – companheiro constante desde os meus sete anos. Sonhei percorrermos juntos todo o caminho: desde o momento em que inicio a criação de meus personagens até o dia de ver o objeto-livro pronto, na mão de meus leitores. (BOJUNGA, 2014, p. 8)

Quanto ao gênero de literatura infanto-juvenil, Lygia Bojunga aborda de forma não usual para falar de crime, de forma direta, já que sua literatura é voltada para um público adolescente, visto que tal narrativa aborda todo o contexto em que os personagens se passam. Como é o caso de *O Abraço* Lygia no modo em que aborda a violência física e psicológica contra criança em que se encontra a personagem Cristina.

3 | OBRA

Em *O Abraço*, a personagem central Cristina inicia contando que quando tinha oito anos foi estuprada. Após tal narrativa ela já na idade adulta, isto é, com dezenove anos de idade, começa contando toda a trama do livro. Quando criança foi passar uns dias em um sítio com sua família. Após estar contemplando a simplicidade da natureza a beira de um rio. Instante em que aparece um homem desconhecido na narração de Cristina, ela é arrastada para uma casa inabitável no meio da floresta onde ocorre toda a violência sexual.

Após ser violentada e sem saber o que estava acontecendo, retorna para sua família. Sua mãe optou por não conversar com ela sobre o que haveria acontecido, ficando limitada em saber que sua filha estava viva e deveria ser deixada em paz, em relação ao abuso. Cristina por sua vez reprimiu isso por muito tempo, até o momento em que já, é adulta. A partir desta fase da narrativa percebe-se o início de uma grande frustração da menina que agora é mulher com o caso, isto é, passa a ter uma obsessão pelo ocorrido por querer descobrir quem é o seu violentador e qual o motivo o teria levado a praticar tal ato com ela, já que ela não optou por não conversar nada a respeito com ninguém.

Em uma noite Cristina vai a um circo que se encontra na cidade na companhia de seus amigos. Após presenciar um dos números do espetáculo, que contém a participação de um palhaço e seu cachorrinho. O rosto do palhaço acaba sendo bem revelador. Recorda Cristina que esse era o homem da beira do rio que a levou para o barraco no meio da mata. Ficando convencida de que é ele, com isso o procura ao final do espetáculo sendo que a partir desse momento sua vida passa a não mais a mesma.

Na medida em que Cristina vai recontando o que se passou, descrevendo um sentimento de paixão por aquele que foi seu violentador sexual, que surge em decorrência desse caso não resolvido e da forma que ele a tratou. Ficando Cristina intrigada por momentos a refletir o porquê aquilo haveria acontecido e por que com ela. Buscando entender Cristina imagina que a resposta seria por ela supostamente parecer com uma menina que o violentador conhecia, menina essa que o violentador em dado momento a nomeia de Clarice.

Diante disso, Cristina em diversos momentos passa assimilar e se questionar se não seria a Clarice do agressor a mesma Clarice sua amiga de infância que desaparecerá. Amiga de Cristina, a menina Clarice aparece em alguns diálogos com essas Conversas que são por vezes de simples desabafo ou até mesmo de profunda reflexão. Isso porque, na narrativa de *O Abraço* Clarice em uma de suas confissões conta que também fora vítima de abuso sexual e que terminou sendo morta por seu violentador.

Parte do livro percebe-se que a interlocutora começa a ter um diálogo com Cristina, forçando a acreditar que ela não pode tratar um crime tão repugnante de forma tão

simples, permitindo ao leitor que se crie uma grande reflexão acerca do crime, e que se trata de um ato inaceitável. Momento este de majorada reflexão, sendo possível por meio de uma narrativa de uma autora personagem, característica marcante na obra de Lygia Bojunga.

O livro traz em seu final uma busca desenfreada de Cristina pelo caso e aquele que aparenta ser o seu violentador. Nessa busca surge outra vez a figura de sua amiga Clarice que a convida para uma festa. Festa essa em que afinal aparenta ser a sua última. Assim ao chegar, se depara com sua amiga Clarice que faz toda a recepção calorosa e a leva para dentro da casa. Lá encontra um homem que aparentemente pode ser o que a violentou quando criança e que acaba arrastando-a para um jardim. Este homem domina Cristina por meio de sua força física e com auxílio de uma gravata amordaça sua boca para que esta não possa de forma alguma gritar em busca de socorro. Assim, tal gravata que aperta e aperta mais, coloca fim ao texto da narrativa.

Por fim, há de se falar que na obra de Bojunga incide uma grande referência sobre o tema morte, sendo mencionado diversas vezes nos diálogos entre Cristiana e Clarice e também perceptível ao final da narrativa através da morte de Cristina nas mãos do homem d'água o palhaço.

4 | DIREITO E LITERATURA

Não é trabalho simples definir o que é Literatura, isso porque irá depender do conceito ou definição a qual se busca, em outras palavras, o seu conceito vai além de uma simples definição de produções de textos literários.

A Literatura por meio de seus textos conduz leitor e o escritor a uma infinita linha de pensamento, ao mergulhar no universo das palavras o leitor terá que se interagir com determinado escritor que em certo momento com imensas possibilidades buscou dizer algo. E dessa forma, este mesmo leitor terá uma perspectiva um tanto que diferente ao que o autor trabalhou ou desejou demonstrar, imaginando, interpretando, refletindo e reproduzindo em sua vida cotidiana.

Nesta mesma linha Marisa Lajolo, define:

O que é literatura? É uma pergunta que tem várias respostas. E não se trata de respostas que, paulatinamente, vão-se aproximando cada vez mais de uma grande verdade, da verdade-verdadeira. Não é nada disso. Não existe uma resposta correta, por que cada tempo, cada grupo social tem sua resposta, sua definição para literatura. Respostas e definições – vê-se logo – para uso interno. (LAJOLO, 1982. p. 24,25)

Assim a Literatura é uma infinita possibilidade de seu conceito e definição, passando de tempos em tempos sendo construída e formada, bem como o Direito que está sempre sobre transformação. A exemplo disso são as fases em que a Literatura se transforma, tais como: simbolismo; romantismo; barroco; modernismo;

e entre outras fases da Literatura. Bem como também o Direito modifica suas fontes formais diariamente com a edição e criação de novas leis para atender a demanda da população.

Ao se ler uma obra literária ela terá o papel de despertar no indivíduo sentimentos quer seja de: amor, compaixão, raiva, piedade, indignação, e entre outros sentimentos. Tendo feito isso o texto literário concluiu o seu objetivo, de despertar uma emoção estética no indivíduo, o que gera emoção na apreciação de uma boa obra literária.

A literatura tem o papel de desenvolver no indivíduo uma emoção estética. Por meio do conjunto de palavras em suas obras de ficção que podem ser: poemas, contos, romances, novelas entre outros. Posto isto, fica evidente que a Literatura deverá despertar e simplesmente finita no ensinamento de seus textos.

Do significado de corpus em geral de textos literários, passou compreensivelmente o lexema literatura a significar também o conjunto da produção literária de um determinado país, tornando-se óbvias as implicações filosófico-políticas de tal conceito de literatura nacional. (SILVA, 1988. p. 7)

Isso acrescenta que a Literatura se faz a sua contribuição histórica, cultural e social. Essa por meio de sua ficção conta as histórias cotidianas de seu povo, como no caso do Brasil um fato histórico, como por exemplo, o conhecimento do vocabulário utilizado em determinada época, em que podemos citar o caso de Iracema de José de Alencar contando a cultura dos povos indígenas brasileiros, no social temos como em “O Alienista” de Machado de Assis com o excesso na edição das leis municipais. A Literatura, portanto, faz-se presente em vastas áreas do conhecimento.

Os ensinamentos sobre a linha de pesquisa Direito e Literatura têm sua origem norte-americana. Com o especialista professor John Henry Wigmore, nascido no estado da Califórnia, que passou toda sua vida dedicada ao estudo das ciências jurídicas, escreveu diversas obras e foi professor universitário (GODOY, p. 27, 2008).

Nos textos literários é possível identificarmos o Direito, casos em narrativas tem-se homicídios e em decorrência disso o réu é levado ao tribunal do júri, isso no âmbito do Direito Penal. Observam-se casos de processos legislativos em que parlamentares criam instrumentos normativos (leis). Tem-se circunstâncias que os enamorados casam e vivem felizes para sempre e a que se sucedem o divórcio, isso na seara do Direito Civil. São, portanto, inúmeros casos em que se pode constatar nos textos literários. E isso sem falar nos grandes massacres de grande comoção social. É notável também e há de se observar os acontecimentos bons como, por exemplo, momentos que a justiça prevalece que são um avanço para um Direito justo e equânime.

Dessa forma, a Literatura faz a sua grande contribuição para o Direito, torna-se significativa na formação e encantamento de novos operadores do direito possibilitando a estes um conhecimento amplo do mundo jurídico. Permitindo a criação de novos valores sociais. Assim sendo, constata-se uma possibilidade de entender o Direito a partir da Literatura.

5 | A OBRA E A LEI

A obra *O Abraço* publicada no ano de 1995, escrita em um período contemporâneo, propõe aos seus leitores por meio de sua narrativa demonstrar os crimes ocorridos. Através da narrativa de Cristina tomada em forma de desabafo inicia o relato do fato que havia sofrido quando criança. “Bom, acho melhor te contar de uma vez que quando eu tinha oito anos eu fui estu... não, pera aí, não: vamos deixar isso pra depois. [...]” (BOJUNGA, 2014, p. 9). Embora não seja desta simples maneira que Cristina conte que foi abusada sexualmente, tem-se aqui um meio pelo qual a autora já menciona o que será abordado em sua obra ficcional.

O crime de estupro contra menor de 14 anos é denominado pelo Código Penal Brasileiro em sua Parte Especial como Estupro de Vulnerável, descrito no texto do Art. 217-A. Como sendo o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos (BRASIL, 1940. Quis o legislador aqui proteger a condição de vulnerabilidade do sujeito passivo da relação jurídica mais precisamente aquele que não possui força física para apresentar resistência à agressão e também não possui sua plena faculdade mental para a prática de relações sexuais. Punindo evidentemente quem se encontra do outro lado o sujeito ativo, que é quem pratica o ato descrito no artigo, podendo ser qualquer pessoa.

Embora também o tipo penal aborde o fato de praticar qualquer ato de caráter libidinoso na obra de Lygia Bojunga o ato sexual ocorre com a conjunção carnal, isto é, o contato do órgão viril masculino do homem e o órgão viril da menina Cristina.

Com base nesse assunto o notório doutrinador Fernando Capez disciplina quanto ao crime de estupro de vulnerável dando uma definição de sua finalidade que este “[...] tutela a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos ou daquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (CAPEZ, 2014, p. 82).

O crime de estupro e estupro de vulnerável quer seja nas suas formas qualificadas e em sua modalidade tentada ou consumada são considerados hediondos como bem diz na Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, em seu art. 1º, nos incisos V e VI que tratam dos crimes na sua forma simples e suas formas qualificadas. Portanto, sendo cometido qualquer um dos crimes seja estupro art. 213 ou estupro de vulnerável art. 217-A ambos do Código Penal Brasileiro, como bem diz o art. 2º da referida lei, será insuscetível de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança, em se tratando dos crimes hediondos. (BRASIL, 1990).

A viagem para uma fazenda é o ponto inicial para que o fato ocorresse. “Um amigo do meu pai tinha comprado uma fazenda em Minas, e a gente foi passar um feriadão lá.” (Bojunga, 2014, p. 22). Maravilhada com tudo ao seu redor, Cristina decide explorar o local, se afastando assim de seus pais e ficando sozinha na mata: “[...] eu saí andando pra continuar minhas descobertas, e lá pelas tantas, numa curva

do caminho, eu vi o rio. Largo, rio de praia na margem, imagina.” (BOJUNGA, 2014, p. 23).

Distraída Cristina conta como todo o horror se inicia. “Eu estava de cara mergulhada n’água e de olho bem aberto esperando um peixe passar, quando eu senti alguém segurando firme o meu braço. Desmergulhei. Tinha um homem ajoelhado ao meu lado, me segurando feito coisa que não era mais pr’eu escapar.” (BOJUNGA, 2014 p. 24-25). Um homem estranho ao encontrar a pequena Cristina e ao comparar uma pequena mecha de cabelo guardada em uma caixa de fósforo está convencido de que esta é a garota certa a leva de mata a dentro de modo forçado.

A gente entrou mais fundo na mata. O sol sumiu. Me deu medo. Quis me fincar no chão. Ele me arrastou. Gritei. E mais que de pressa ele tapou minha boca. Mordi a mão dele. Ele se ajoelhou, me puxou. E me mordeu também. Na boca. Foi susto? Foi dor? Fiquei paralisada. Ele me forçou pro chão; montou em mim; desmanchou o nó da gravata cinzenta e deu um puxão nela (vai me matar?); passou a gravata pela minha boca, volteou ela uma vez, deu o nó, mas, quando foi apertar, me olhou, parou, e aí aconteceu uma coisa esquisita: o olho dele riu pra mim. (BOJUNGA, 2014, p. 27-28).

Aqui se percebe que Lygia Bojunga aborda como a condição de vulnerabilidade de Cristina ocorre e é fácil de ser manipulada e percebida e do outro lado a figura do mais forte que a violenta, assim como descreve o texto Penal. Afinal se trata de uma criança com idade de oito anos, que mesmo que queira forçar sua fuga ou estabelecer resistência de maneira alguma conseguira êxito.

O ato consumado é descrito pela própria personagem. “E foi com essa chuva chovendo lá fora que a voz dele falou assim, eu te prometo, Clarice, eu te prometo que dessa vez você não vai morrer no meu abraço. E me abraçou mais forte que das outras vezes e entrou mais forte dentro de mim.” (BOJUNGA, 2014, p. 33). A pequena Cristina descreve o que ocorreu na casa da mata, a qual passando uma noite por lá e assim no amanhecer do dia notando estar sozinha deparou-se com a oportunidade de fugir daquele local. “Esperei. Esperei o Homem da Água entrar. Mas continuou tudo quieto. Levantei devagar, fui saindo pro claro. Ninguém lá fora! Fui andando. Andando. Vi o rio, fui indo mais depressa. E mais depressa. Via a casa lá longe, desatei a correr.” (BOJUNGA, 2014, p. 34).

“Parecia que a casa nunca chegava, de tanto que eu corria e corria. Tinha gente na varanda, era a minha mãe que estava ali no meio deles? Eu ainda tinha um resto de força e gritei, ei! ei! [...]”. (BOJUNGA, 2014, p. 34). Após o ocorrido a mãe de Cristina e ela entram em fase de negação, vindo somente a florescer lembranças em Cristina anos mais tarde em sua fase Cristina-Mulher, através de temores noturnos “[...] Mas aconteceu uma coisa curiosa, sabe, eu não pensava acordada no que tinha acontecido, eu só pensava dormindo, quer dizer, sonhando”. (BOJUNGA, 2014, p. 37).

Entretanto, um encontro com os amigos em um circo que se encontrava na cidade com uma atração de palhaços, desperta esse sentimento até então esquecido. Ao se

iniciar o espetáculo a aparência de uns dos palhaços instintivamente chama a atenção de Cristina, pois apesar da maquiagem em seu rosto este lhe era muito familiar. “E nessa hora a fazenda de Minas acordou dentro de mim. Com tanta força, que doeu. Doeu!” (BOJUNGA, 2014, p. 48).

Intrigada ao final da apresentação decide ir atrás daquele palhaço. Iniciando uma conversa com o homem sobre assuntos casuais Cristina passa a vê-lo com outros olhos, surgindo então, uma mistura de sentimentos como perturbação e desejo. O que faz com que saiam para comer, tornando-os cada vez mais íntimos.

Desse modo, a menina agora crescida passa a sentir-se mulher perto de seu violentador e demonstrar outros sentimentos. Acabando-se todas suas dúvidas Cristina só queria ficar perto dele olhar para ele. “[...] eu nem me lembrava de mais nada do que eu queria perguntar pra ele, de tanto que eu fui me entregando pro tesão que tomou conta de mim.” (BOJUNGA, 2014, p. 60).

Fato notável na obra *O Abraço* é o sentimento pelo seu violentador. Aliás, sentimento pode ser explicado pela Síndrome de Estocolmo. Tem este nome de origem devido ao ocorrido na cidade de Estocolmo no ano de 1973, uma vez que após serem mantidas como reféns dos assaltantes do banco uma das vítimas demonstrou sentimento por um dos assaltantes. Fato este que posteriormente foi estudado pelo criminólogo e psicólogo Nils Bejert.

Fatores psicológicos que notavelmente fazem parte da vida humana são devidamente analisados e estudados, pois tem sua grande contribuição para o entendimento da mente humana. Fatos acontecem e pergunta-se como isso pode acontecer? Por que isso ocorreu? É aí que entra outro ramo do conhecimento mais específico a Psicologia do Direito. No qual aborda assuntos do Direito relacionados à Psicologia. Destaca-se nas áreas jurídicas em que o Direito e a Psicologia se encontram assuntos relacionados ao direito de família, criança e adolescente, com grande relação no direito criminal. Estudo de personalidades, transtornos mentais, transtornos relacionados a traumas, síndromes e entre outros temas que são pertinentes ao Direito. São inúmeros os temas e assuntos entre estas disciplinas. Sendo assim, a contribuição deste outro ramo se justifica pelo fato que fatores psicológicos fazem parte do universo jurídico e a personagem de Cristina se encontra ao centro destas disciplinas.

A Síndrome de Estocolmo em *O Abraço* tem suas condições desenvolvidas após o evento traumático, com o emprego de violência física por parte do agressor para obter o ato sexual com a menina Cristina. O fato de Cristina não saber o porquê aquele homem tinha feito aquilo com ela e buscado todo aquele tempo após a violência uma resposta, até que então consegue encontrar o homem. “A dúvida tinha acabado, mas a perturbação era cada vez maior: eu estava sentindo uma curiosidade enorme de conhecer melhor aquele homem. E pela primeira vez eu pensava nele como uma mulher.” (BOJUNGA, 2014, p. 55).

A conclusão demonstrativa que em o abraço Cristina desenvolve a Síndrome de

Estocolmo é a passagem dela de quando criança não demonstrar raiva, ódio, pavor, rancor ou qualquer outro sentimento semelhante pelo homem que tinha feito tudo e quando adulta desenvolver além dos sentimentos atrativos entre homem e mulher agora ocorrer o contato físico. “E me beijou. Um beijo... atrapalhado, sabe. Mas forte. [...] E ai fui eu que agarrei ele [...] e beijei. Feito eu nunca tinha beijado ninguém.” (BOJUNGA, 2014, p.61).

Portanto, o tema abordado aqui é uma ponte entre ciências, o Direito Penal, a Psicologia Jurídica, e com isso Direito e Literatura. Sendo um fato abordado nas ciências criminais tido como um ilícito, sendo justificável pela psicologia jurídica como uma síndrome envolvendo fatores psicológicos e com isso descrito na obra literária.

O abraço que eu te dei foi pra você não perdoar, foi pra você nunca esquecer o que ele fez contigo quando você só tinha oito anos. Não é porque você só tinha oito anos, não. Podia ter dez, vinte, cinquenta, cem, não importa! o que importa é que não existe perdão pra quem arromba o corpo da gente. – Sacudiu a cabeça assim, ó, e falou: – E você vai e transforma o abraço do não-perdão num abraço de tesão: você é mesmo uma infeliz, você merece o pior. (BOJUNGA, 2014, p. 63-64).

Ainda se destaca na obra as demais consequências negativas que este crime pode gerar. [...] “e ainda arrisca na saída de me deixar um filho que eu vou ter que arrancar, uma aids que eu nunca mais vou curar.” (BOJUNGA, 2014, p. 65).

Desse modo, uma reflexão resulta do texto de Lygia Bojunga para que o leitor identifique que este tipo de crime não se pode de maneira alguma ficar impune. Essa conduta fere somente não o corpo de uma criança, mas sim seu interior em formação cheio de fragilidades imensas. Devendo, portanto, ser protegido não apenas pelo Direito, mas também por toda a sociedade. Claramente não punindo os violadores de corpos com os próprios punhos e sim denunciando para que desta forma o Direito cumpra a sua finalidade, pois uma sociedade que se cala é também uma sociedade cúmplice.

Ao final da obra surge a figura de um segundo narrador. Narrador este, que não expressamente identificado passa a relatar o desfecho desta, a partir do momento que Cristina encontra-se novamente com a mulher mascarada e o palhaço violentador. Aqui não se sabe ao certo a intenção da autora, pois dá sinais que um novo crime foi praticado.

Dado o momento em que ocorre o segundo delito, é evidente que este não será o mesmo descrito no art. 217-A e sim no clássico art. 213 do Código Penal. Aqui este novo estupro ocorrera na sua forma simples, pois Cristina encontra-se com dezenove anos e não possui nenhuma condição de vulnerabilidade descrita em lei. Estupro este que é consumado com o fato de ter ocorrido o coito entre os sujeitos.

O Homem aperta a gravata na mão feito uma rédea. Com a outra mão vai arrancado, vai rasgando, se livrando de tudo que é pano no caminho. Agora o Homem é todo músculo. Crescendo. Só afrouxa a rédea depois do gozo. Cristina mal consegue

Como um domador domesticando seu animal, para o qual quer que se executem os seus comandos. Semelhança considerável entre um homem que comete um crime de estupro em um ser humano. Há de se notar na obra que neste momento há repetição do mesmo método do primeiro estupro, que para abafar os pedidos de ajuda, o homem acaba amordaçando a jovem Cristina com uma gravata.

Porém, fica a entender diante deste novo crime que a personagem Cristina acaba tendo um final trágico, isto é, pelo fato da gravata ter sido amarrada em seu pescoço o agente demonstra a intenção de matá-la. Assim, ocorrendo o estupro que tem por seu resultado final a morte do sujeito passivo conforme previsão legal descrita no art. 213, parágrafo 2º, a pena é de 12 a 30 anos de reclusão, isto é, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, como bem diz o art. 33 do Código Penal.

Portanto, através da narrativa contida na obra constata-se a ocorrência de dois delitos, uma no início da narrativa em primeira pessoa, sendo narrada pela própria Cristina e o outro após a trama tomar um novo desfecho narrado em terceira pessoa, por intermédio de um narrador desconhecido que passa a reproduzir as ações dos personagens.

O primeiro crime de estupro fora cometido contra uma menor de 14 anos. Descrito no Código Penal Brasileiro na Parte Especial como Estupro de Vulnerável tem sua previsão legal no Art. 217-A. Sendo o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Protegendo, portanto, a condição de vulnerabilidade do sujeito passivo da relação jurídica que é por sua vez é a criança Cristina e na qual não possuía força física para apresentar resistência à agressão e também não possui a completa faculdade mental para a pratica de relações sexuais.

O segundo crime já se enquadra como estupro, pois Cristina encontra-se com dezenove anos. Crime este descrito no art. 213 do Código Penal, contudo esta violência sexual acaba por produzir a morte de Cristina, e em consequência disso o crime passa a ser configurado na sua forma qualificada como previsto no art. 213, parágrafo 2º, do Código Penal.

Assim, em virtude da prescritibilidade do crime de estupro de vulnerável passar a ser contado somente a partir da maioridade da vítima, teria Cristina a possibilidade de denunciar o estuprador, para que o mesmo fosse julgado e respondesse penalmente por seu ato criminoso.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A narrativa na obra *O Abraço*, de Lygia Bojunga, proporcionou por este artigo uma interpretação sob a ótica específica do Direito Penal apresentando perspectivas importantes dentro da interface do Direito e a Literatura, por meio dos crimes que ocorreram contra a personagem Cristina.

A Literatura possibilita, por meio de seus textos, direcionar o leitor a um novo olhar do mundo literário e conseqüentemente proporciona assim para o mundo jurídico literário quando as obras abordam temáticas jurídicas. É nesse olhar que acaba concluindo seu objetivo crucial em que o escritor objetivou trabalhar o social por meio das palavras. Nessa perspectiva que a Literatura sempre terá temas a serem abordados pelo Direito.

É nesse contexto que a escritora Lygia Bojunga encontra em seus personagens uma maneira de retratar o que é hediondo para com o próprio indivíduo que sofre o que a trama conta e tanto para a sociedade que se cala para tais fatos. Lygia Bojunga demonstra isso para seu público infanto-juvenil de uma forma que intriga com grande emoção e ao mesmo tempo conduz a uma grande reflexão sobre o crime de estupro.

A autora através da narrativa de sua obra constata-se a sua dedicação em abordar um tema um quanto que obscuro. Uma criança que tem sua liberdade sexual violada passa por um trauma psicológico que desenvolve em decorrência do estupro e que não sabe explicar o porquê de uma obsessão a qual foge de uma realidade lucida e acaba sendo conduzida para a sua morte mesmo sem perceber que isso poderia ocorrer.

Foi dado o enfoque principal deste artigo ao crime de estupro de vulnerável, pois tendo em vista que houve toda uma repercussão contida dentro da obra ficcional bem como se fosse o caso em ocorrência fora da obra literária.

Acredita-se que a prescritibilidade do crime de estupro de vulnerável é de suma importância para se punir o agente que comete tais delitos, pois se busca com isso a eficácia da norma penal. Bem como também é de fundamental importância o acompanhamento pós-traumático para o qual crianças assim como Cristina passam após períodos de sofrimentos físicos e mentais, para que assim não desenvolvam sintomas traumáticos por toda uma vida.

Diante disso, acredita-se que a problemática estabelecida foi alcançada, ao qual consistiu em interpretar a obra *O Abraço* de Lygia Bojunga em face do Direito penal, por meio do crime acima citado demonstrando dessa forma a importância contida na união entre Direito e Literatura. Por isso, o trabalho é capaz de colaborar tanto para o meio acadêmico quanto para gerar novas reflexões no meio jurídico.

REFERÊNCIAS

BOJUNGA, Lygia. In: **ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras**. São Paulo: Itaú Cultural, 2018. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa19123/lygia-bojunga>>. Acesso em: 05 de setembro. 2017. Verbetes da Enciclopédia.

BOJUNGA. **O Abraço**. 6 ed. 4 reimpr. Rio de Janeiro: Casa Lygia Bojunga, 2014.

BOJUNGA. **Retratos Biográficos**. Disponível em <<http://www.casalygiabojunga.com.br/pt/lygiabojunga.html>>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.

BOSI, Alfredo. **História Concisa da Literatura Brasileira**. 3º ed. Rio de Janeiro: Cultrix, 1985.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 de outubro de 2017.

BRASIL, **LEI Nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Crimes Hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública(arts. 213 a 359-H)**. 12. ed. de acordo com a Lei n. 12.850, de 2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Afrânio. **A Literatura no Brasil**. 3º ed. Rio de Janeiro : José Olympio; Niterói : UFF – Universidade Federal Fluminense, 1986.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato**. 1ª ed. (ano 2002), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre, RS : Livraria do Advogado, 2008.

JUNQUEIRA, Eliana Botelho. **Literatura e Direito: uma outra leitura do mundo das leis**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

LAJOLO, Marisa. O que é Literatura : Coleção Primeiros Passos. 2 ed. São Paulo: editora brasiliense, 1982.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. **O estudo do direito através da literatura**. Tubarão: studium, 2005.

SILVA, Vitor Manuel de Aguiar e. **Teoria da Literatura**. 8 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1988.

TRINDADE, André Karam. (Org.): STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Direito e Literatura da realidade da ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE. GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti. **Direito e Literatura: Reflexões Teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL: TEORIZAÇÕES E REFLEXÕES

Data de submissão: 27/03/2020

Data de aceite: 06/05/2020

Cláudia Terra do Nascimento Paz

Instituto Federal de Santa Catarina – IFSC

Tubarão - SC

claudia.paz@ifsc.edu.br

<<http://lattes.cnpq.br/7396663493771975>>

RESUMO: A ideia deste estudo teórico não é esgotar as questões relacionadas ao direito à educação, mas construir um aparato teórico mínimo que possibilite a compreensão desse direito social, relacionado à concepção de justiça social, realizando uma reflexão introdutória, porém fundamental. A reflexão se inicia discutindo a fundação do Estado Nacional, o qual possibilitou a saída de uma sociedade natural para outra, pautada em uma concepção de justiça social, levando à organização de uma sociedade de bem-estar social, fundamentada em direitos socialmente constituídos. Em um segundo momento discute a crise dessa sociedade, a partir da complexificação do capital e da mundialização da economia. Em um terceiro momento, contextualiza a realidade brasileira e o surgimento do Estado Social em nosso país. E, por fim, reflete acerca dos direitos sociais e, nesse rol, do direito à educação.

PALAVRAS-CHAVE: direito à educação;

estado de bem-estar social; justiça social.

THE RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL: THEORIZATIONS AND REFLECTIONS

ABSTRACT: The idea of this theoretical study is not to exhaust the questions related to the right to education, but to construct a minimal theoretical apparatus that allows the understanding of this social right, related to the conception of social justice, realizing an introductory reflection, but fundamental. The reflection begins by discussing the founding of the National State, which allowed the departure of a natural society to another, based on a conception of social justice, leading to the organization of a social welfare state, based on socially constituted rights. In a second moment it discusses the crisis of this society, from the complexification of capital and the globalization of the economy. In a third moment, it contextualizes the Brazilian reality and the emergence of the Social State in our country. And, finally, it reflects on social rights and, in that role, the right to education.

KEYWORDS: right to education; social welfare state; social justice.

1 | INICIANDO A REFLEXÃO...

Este estudo objetivou visibilizar a temática do direito à educação, enquanto um direito fundamental social, público e subjetivo. Nesse sentido, busca subsidiar a todos que necessitam da compreensão desse tema, oportunizando, a partir de um aparato teórico mínimo, um momento de reflexão sobre tal direito.

Para tanto, este estudo se utilizou da metodologia do estudo bibliográfico, a qual segundo Gil (2008) implica em recuperar o conhecimento científico acumulado sobre um tema, objetivando, especialmente, a realização de reflexões acerca do mesmo. Nesse sentido, buscou-se a literatura para possibilitar ao leitor a possibilidade de reflexão acerca da temática pretendida. Por isso, em certa medida este estudo pode ter, também, um caráter exploratório, já que busca proporcionar maior familiaridade e explicitação em relação ao tema, envolvendo o levantamento bibliográfico para tal.

2 | O CONTRATO SOCIAL E O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

A sociedade e a política modernas estão organizadas a partir de um pacto social, um momento inicial hipotético, que visa garantir o bem-estar geral e a justiça social (RAWLS, 2008). Esse pacto encontra-se gerado por um contrato estabelecido entre cidadãos para garantir a existência democrática de uma sociedade civil pacífica, envolvendo os princípios de justiça para a constituição da estrutura básica da sociedade. O contrato social é, portanto, “a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental” (SANTOS, 1999, p. 34).

Será através desse contrato social que se definirá a obrigação política dos cidadãos para com o Estado e deste perante seus cidadãos, legitimando a normatividade que servirá de referência às relações sociais no território nacional. Essa noção de Estado Nacional, relacionado à organização de direitos, é historicamente construída (BOBBIO, 1992).

Essa ideia da passagem dos direitos do homem para os direitos dos cidadãos, enquanto membros de Estados de Bem-Estar Social, traz à tona a concepção do cidadão como um indivíduo ‘titular de direitos’. Esses direitos estão modernamente traduzidos em um pacto federativo, que tem no texto das cartas constitucionais de cada nação o seu instrumento legal garantidor. Nessa perspectiva, insere-se o conceito de políticas públicas (RAWLS, 2008).

Assim, graças ao pacto social, o Estado Nacional passa a operar na consolidação dos direitos civis, políticos e sociais e, portanto, da própria cidadania. Nesse sentido, podemos afirmar que foi a liberdade civil que permitiu, historicamente, que o contrato social substituísse o status desigual da sociedade feudal para ceder lugar a um status universal e igualitário da cidadania moderna. Através desse processo, os direitos assumiram uma dimensão coletiva, articulada ao reconhecimento jurídico, atrelados à noção de bem-estar e justiça social. (DOMINGUES, 2001).

Há, portanto, uma relação nítida entre direitos sociais e a concepção de Estado de Bem-Estar (MARSHALL, 1950; FLORA; HEIDENHEIMER, 1981; DRIBE, 1993). De forma genérica, podemos entender o Estado de Bem-estar Social como aquele no qual todo cidadão tem direito a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido através do Estado, mediante seu papel de regulamentação sobre o mercado e sobre a sociedade civil.

O Estado é, nesse contexto, o grande agente de promoção social e organizador da economia, garantindo serviços públicos e proteção social. Essa concepção parte do pressuposto de que existem direitos indissociáveis à existência de qualquer cidadão.

Para Wilenski (1975) existem elementos universais que compõem a essência do Estado de Bem-estar Social, buscando um padrão mínimo, garantido pelo Estado, a todos os cidadãos, enquanto direito. Nesse sentido, seria possível falar em Estado de Bem-Estar como um conjunto mais ou menos definido de direitos nas áreas de seguridade social, educação e habitação. A tipologia clássica de Estados de Bem-Estar Social é a idealizada por Titmus (1968), segundo a qual é possível identificar três modelos de política social: o residual, o meritocrático particularista, e o institucional redistributivo.

O modelo residual é aquele no qual “a política social intervém ex-post, quando os canais naturais e tradicionais de satisfação das necessidades (família, mercado) não estão em condições de resolver determinadas exigências dos indivíduos” (DRIBE, 1993, p. 14). Nesse modelo, a política social possui caráter temporário e deve cessar assim que a situação emergencial tiver sido solucionada.

O modelo meritocrático particularista parte do pressuposto de que, a partir de seu mérito e produtividade, cada indivíduo é responsável pelas próprias necessidades, estando a política social em um papel de intervenção parcial, apenas para corrigir ações do mercado e complementar às instituições econômicas (DRIBE, 1993).

O modelo institucional redistributivo é aquele no qual há a produção e distribuição de bens e serviços sociais ‘extra mercado’, garantidos a todos os cidadãos. De acordo com Dribe (1993, p. 14), parte de critérios universalistas:

(...) respeitando mínimos historicamente definidos de necessidades e condições de vida, (...) mesclando mecanismos de renda mínima, integração e substituição de renda com aqueles típicos dos equipamentos coletivos públicos gratuitos para a prestação de serviços essenciais, especialmente saúde e educação.

Além do modelo de Titmus (1968), existem outros, que também buscam entender e apresentar tipologias de Estado de Bem-Estar Social, tais como o modelo de Ascoli (1984) e o modelo de Esping-Andersen (1985). Não é objetivo aprofundar esses modelos, apenas referir que em todos os modelos há uma concepção de justiça social que os fundamenta.

Rawls (2008, p. 08) apresenta um conceito de justiça social, afirmando que esse se refere à estrutura básica da sociedade, ou seja, “o modo como as principais

instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”.

Afirma o autor que essa concepção de justiça social deve estar atrelada à ideia da justiça como equidade. Ou seja, ela expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por pessoas livres, através de um acordo em uma situação inicial que é equitativa, pois foram definidos em um momento no qual todos estão em igual posição original, em simetria de relação, a partir de um mesmo senso de justiça (RAWLS, 2008).

Para outros autores, tais como Fraser (1997) e Young (1990), tratar de justiça social significa tratar de concepções plurais. Tal qual nos apontam Gerwitz e Cribb (2011, p. 123), a justiça social pode ser atrelada “à distribuição de bens e recursos materiais, por um lado, e à valorização de uma variedade de coletividades sociais e identidades culturais, por outro”. Por isso, independente da concepção, toda política pública está pautada em um conceito de justiça social.

O modelo desenvolvido por Fraser (1997) aponta para três tipos de justiça: distributiva, cultural e associacional. A justiça distributiva está fortemente relacionada ao conceito de justiça de Rawls (1972), referindo-se aos princípios pelos quais os bens são distribuídos na sociedade, incluindo, portanto, a justiça econômica. Para que a justiça distributiva ocorra é preciso que a sociedade esteja livre da exploração, da marginalização econômica e da privação material.

Já a justiça cultural refere-se à distribuição de bens culturais e sociais. Para que ela se concretize, a sociedade deve estar livre da dominação cultural, do não reconhecimento e do desrespeito. Por fim, a justiça associacional vincula-se à plena participação de todos nas decisões sociais. Envolve a ausência de obstáculos à participação nessas decisões.

Importante ressaltar que a noção tradicional de Estado de Bem-Estar Social é aquela que pauta-se em um Estado de tipo Universalista, fundamentado no Direito Positivo, nacionalmente estruturado, tendo a proteção social regulada estatalmente (DRIBE, 1993). Por isso, sua noção de justiça social é ampla, envolvendo não somente a ideia de justiça distributiva, mas também de justiça cultural, tendo articulados sistemas nacionais públicos ou regulados pelo Estado para a educação, saúde, substituição de renda, habitação e assistência social.

3 | A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O ESTADO MÍNIMO

Com a crescente complexificação capitalista a nível global e as sucessivas crises no mercado mundial, ocorre uma relação de tensão entre cidadania e estratificação social. Essa tensão se complexifica devido à definição imprecisa dos direitos sociais, trazendo um caráter de incerteza aos direitos universais, e conseqüentemente a universalidade das políticas públicas (DOMINGUES, 2001).

Nessa perspectiva, enxerga-se o Estado como uma agência garantidora de provisões aos mais necessitados, deixando para o suposto ‘direito à igualdade de oportunidades’ a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos os direitos universais. Inicia-se a crise do Estado de Bem-Estar Social, e com ela as políticas públicas focalizadas, em uma perspectiva de ‘Estado-providência’, segundo Rosanvallón (1981). O paradigma sócio-político-cultural que fundou o Estado Social, portanto, entra em crise, fato que incide diretamente em seus dispositivos operativos.

O diagnóstico apresentado para a crise falseia-se na aposta de que o Estado está em crise porque gasta demais em políticas sociais. A solução é clara: é preciso diminuir a máquina estatal e investir em um Estado Mínimo. O Estado Mínimo parte do pressuposto da liberdade econômica. O Estado tem seu papel na promoção de condições positivas para a competitividade individual, entendendo, inclusive, que a intervenção estatal em demasia pode se constituir em uma ameaça aos interesses e liberdades individuais. Pautado nos ideais da ideologia neoliberal, vê no livre mercado e na liberdade de escolha individual seus princípios e, por isso, propõe a descentralização das ações do Estado, articulando-a a iniciativa privada para aumentar a eficiência administrativa e diminuir custos (HÖFLING, 2001).

O Estado deixa, então, de regular o mercado como fazia antes e passa a regulá-lo minimamente (reserva de mercado), deixando de ser o regulador da esfera pública, passando a coordenar essa esfera. Todo esse processo leva a uma nova compreensão das políticas sociais. Esse é o processo de desestatização, o qual envolve “redefinir a separação de público – privado, realocar tarefas e rearticular o relacionamento entre organizações e tarefas por meio dessa separação” (JESSOP, 2002, p. 199). Nesse contexto, um novo contrato social se estabelece.

A resposta à crise vem em forma de descentralização e autonomia dos serviços estatais sociais, como suposta solução para a burocracia, transferindo para coletividades não-estatais responsabilidades que antes eram governamentais. A partir daí se estabelece a seletividade da assistência, e a política social torna-se individualizante (ROSANVALON, 1981).

Nesse ponto, Castel (1995) diverge de Rosanvalon (1981), diferenciando as políticas de integração das políticas de inserção. Para o referido autor, as políticas de integração são universalistas, e buscam a homogeneização da sociedade para reduzir as desigualdades sociais e melhor dividir as oportunidades. Já as políticas de inserção objetivam a discriminação positiva, definindo grupos para implementação de estratégias específicas. “Enquanto as primeiras têm como alvo o conjunto da população e tendem a ser universais, as últimas atingem apenas segmentos particularmente desfavorecidos e/ou problemáticos, com o objetivo de recuperar um ‘equilíbrio’ capaz de reinserir o sujeito na sociedade de forma ‘normal’, alcançando sua integração completa” (DOMINGUES, 2001, p. 232).

4 | O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL NO BRASIL

Na realidade brasileira, o Estado de Bem Estar Social é criação recente. Durante toda a sua história, até a década de 1930, tivemos no Brasil, mesmo após o período colonial, a ordem patrimonialista no comando do país. Desde o início de nossa história enquanto nação houve a manutenção do domínio patrimonial, sendo a regulamentação da cidadania uma manobra política para manter a dominação forma legal, mantendo, por um longo tempo, os valores da cultura escravagista (AZEVEDO, 2004).

Esse mesmo referencial patrimonialista vai balizar, desde o início, o tratamento legal concedido à educação. A Constituição do Império, através de seu Artigo 179, garante, pela primeira vez em nossa história, o direito à educação primária e gratuita aos cidadãos, através do ensino das ciências, das belas artes e das letras.

No entanto, de acordo com Azevedo (2004), a referida Constituição não tinha como objetivo tratar do direito à educação das massas ou da ampliação da cidadania, pois na época o mercado de trabalho não necessitava de mão de obra qualificada. A sociedade escravocrata tinha por objetivo preservar a cultura e o conhecimento às elites senhoriais, fato que moldou um sistema dual de ensino, nos moldes europeus, forjando um sistema educacional para atender às demandas dessa elite e outro, encarregado da educação do povo. Obviamente, que o direito à educação não era o que estava em pauta e, portanto, não existia ainda o pensamento da educação com uma questão nacional.

Foi somente a partir do início do século XX que a sociedade, fundamentada em princípios liberais, sentiu a necessidade de utilizar o trabalho livre e, portanto, educar as massas, “tidas como improdutivas, sem moral, incapacitadas” (AZEVEDO, 2004, p. 22). O sistema dual ganha força diante da utilização em larga escala da mão de obra livre, momento em que a sociedade se dá conta de que a educação é um instrumento poderoso de moralização e de adestramento das massas para o trabalho.

Nesse novo contexto social, o Estado Oligárquico conseguiu se consolidar sob a égide republicana. Mas as elites dominantes mantiveram-se no poder através das práticas clientelísticas, do apadrinhamento político e do controle dos empregos públicos (QUEIROZ, 1976).

Nos centros urbanos mais desenvolvidos, a classe operária inicia seu movimento de constituição de classe, fato que, de acordo com Azevedo (2004), deu início aos movimentos de reivindicações e lutas em prol dos direitos trabalhistas. Nesse mesmo contexto, a classe média já se encontra mais constituída, o que possibilita mobilizações em busca de espaços de participação social e de poder. Embora muitos movimentos tivessem se iniciado, ainda não podemos falar em Estado de Bem Estar Social.

No início do século XX o analfabetismo atingia 80% da população brasileira e essa situação permaneceu inalterada, pelo menos, até a década de 1920. Foi através do fortalecimento da classe média, que as lutas pela escolarização das massas e as campanhas de alfabetização se iniciaram, pautadas pelas cobranças de

universalização do ensino primário e pelo estabelecimento de uma política nacional de educação (AZEVEDO, 2004).

Assim, o início do processo de constituição da educação como setor deu-se a partir da década de 1930, início também na constituição do Estado de Bem Estar Social. O pressuposto que iniciou esse processo foi a necessidade de educar as massas, já que o analfabeto era visto como incapaz, que necessitava ser escolarizado, para entrar no mercado de trabalho e, assim, qualificar a força de trabalho e formar um mercado consumidor.

Foi então que em 1930 criou-se o Ministério da Educação e Saúde e, na sequência desse fato, a promulgação da Constituição Federal de 1934, que “estabeleceu a responsabilidade da União como instância responsável pelo planejamento nacional da educação em todos os níveis e definiu a sua competência na coordenação e fiscalização da execução desse planejamento” (AZEVEDO, 2004, p. 31).

Nesse contexto, o direito à educação foi reconhecido, pela primeira vez no país, enquanto questão nacional, a partir do texto legal da Constituição Federal de 1934¹. Assim, a década de 1930 é considerada o ponto de partida à consolidação do Estado Social no Brasil, graças às profundas alterações vividas pelo Estado brasileiro, bem como porque as formas de regulação social se iniciam nesse período. De acordo com Dribe (1993), o Estado Social se consolidou e se institucionalizou no Brasil entre as décadas de 1930 e de 1970.

Procurando resumir a periodização do processo de constituição do Estado de Bem Estar Brasileiro, podemos propor, de acordo com Dribe (1993), os seguintes momentos históricos:

- Período de 1930 – 1964: até 1964 se definiu o chamado ‘núcleo duro’ da intervenção social do Estado. Foi quando houve a criação dos institutos de aposentadorias e pensões e também quando se consolidou a legislação trabalhista. No campo da educação e da saúde, houve um movimento de inovação legal e institucional forte, que acabou por expandir o sistema brasileiro de proteção social, dentro de parâmetros de centralização institucional, padrão seletivo de participação e fragmentação de ações.

- Período de 1964 – 1985: período em que houve a consolidação institucional, a expansão massiva das políticas sociais. A expansão é considerada massiva porque diz respeito a um movimento com características de política de massa e não necessariamente significa universalização de direitos. Ao final desse período, no entanto, uma reestruturação conservadora dessas políticas ocorreu, graças à crise desse Estado de Social no Brasil.

- Período de 1985 – 1988 e daí em diante: período da reestruturação progressista da política de bem estar social brasileira, graças a promulgação da Constituição

¹ No entanto, apesar do direito à educação ter sido reconhecido no texto legal, é preciso que se deixe claro que, na prática, o sistema dual de ensino permaneceu uma realidade, com um direcionamento propedêutico para a elite e com outro de cunho técnico-profissional para os trabalhadores.

Federal de 1988, que oportunizou uma retomada democrática à ideia de sociedade de bem estar social.

O tipo brasileiro de Estado de Bem Estar Social, pelas características históricas apresentadas, responde pelo que Titmus (1968) definiu como meritocrático particularista, ou seja, é o princípio do mérito, enquanto posição ocupacional e renda obtida a partir da inserção no mercado de trabalho, que oportuniza a base do sistema brasileiro de política social. É assim que toda a política de previdência social foi pensada, pautada na relação renda – contribuição – benefícios. No caso da educação e da saúde, a partir de critérios de inserção definidos para cada área, são escassos redistributivos e igualitários, que teoricamente financiam essas políticas.

A inexistência de mínimos sociais (em natura, renda, serviços ou bens) extensivos a todos os cidadãos independentemente de sua posição no mercado de trabalho, faz com que, na relação Estado/Mercado, sejam de fato muito frágeis, no Brasil, os mecanismos corretores que, em princípio, deveriam operar através das políticas sociais (DRIBE, 1993, p. 23/24).

Os principais princípios da organização do sistema brasileiro de proteção social, apontados por Dribe (1993) são: centralização política e financeira extrema no nível federal das ações sociais de Governo; fragmentação institucional; exclusão da participação social e política da população nos processos realmente decisórios; princípio do autofinanciamento do investimento social; uso clientelístico da máquina do Estado.

5 | O DIREITO A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A educação é entendida, atualmente, como direito fundamental social. Para entender o que isso significa, é preciso compreender o que são esses direitos. Um direito fundamental é aquele inerente à pessoa humana. Tais direitos trazem consigo “os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade e da inalienabilidade” (VIANA; CESAR, 2010, p. 05).

No entanto, é preciso destacar que a compreensão da educação como um direito é recente. Philipp (2010) destaca que o entendimento dos próprios direitos humanos estendidos a todos os seres humanos é recente na história humana. Para compreender melhor a questão, a referida autoria cita as antigas civilizações grega e romana, onde os direitos estavam vinculados à concepção do cidadão como portador de direitos. No entanto, o estatuto de cidadão era específico aos homens das classes média e alta, que participavam da ‘ágora’, estando excluídos desta condição as mulheres, os escravos e as crianças.

Foi a partir da filosofia cristã que apareceu pela primeira vez, de forma explícita, a ideia de dignidade humana e dos direitos dos indivíduos voltados a todos os seres humanos, pois todos são filhos de Deus. Na Idade Média, porém, se impõe um princípio

cada vez mais patriarcal à igreja católica, transformando-a a partir de pressupostos da lei romana, tornando-a despótica (PHILIPP, 2010).

Mais recentemente, o pensamento iluminista, fundamentado em um modelo clássico de liberdade e de racionalidade do sujeito, também exclui significativas parcelas da população do entendimento de seu entendimento de direito (PHILIPP, 2010). Nesse momento, surgem autores como Condorcet (2008), que entendiam que a sociedade deve instrução pública ao povo de maneira geral, como forma de propiciar a igualdade de direitos. Portanto, “a instrução pública é um dever da sociedade para com os cidadãos” (CONDORCET, 2008, p. 17), pois todos têm o mesmo direito.

Nesse sentido, segundo Condorcet (2008), a desigualdade de instrução é uma das principais causas à ausência do exercício dos direitos, à dependência e à tirania, provocando um estado de dependência servil por parte dos menos instruídos aos mais instruídos. A instrução, portanto, é a única forma de diminuir essa desigualdade e, ao mesmo tempo, proporcionar à sociedade conhecimentos úteis e progresso, seja da perspectiva da ciência, seja para aperfeiçoar a espécie humana.

Para compreendermos melhor essa questão, de acordo com Ferraro e Lage (2014), será preciso recorrermos a elementos teórico-conceituais importantes. Dentre esses elementos, a compreensão histórica, marcada por disputas políticas, da trajetória da educação como um direito social é fundamental.

Utilizando autores como Marshall (1967) e Sarlet (2009), o direito à educação pode ser contextualizado no rol dos direitos sociais e esse como uma das gerações que compõem os direitos fundamentais da pessoa humana. Porém, de acordo com Fernandes e Paludeto (2010), é através do estudo clássico de Marshall (1967), o qual aborda a evolução dos direitos dos cidadãos, que melhor poderemos entender a educação como um direito social.

De acordo com Marshall (1967), existiram três gerações de direitos fundamentais. Os direitos civis, conquistados no século XVIII; os direitos políticos, conquistados no século XIX; e os direitos sociais, conquistados em pleno século XX. Para o referido autor, a desigualdade econômica pode ser aceita, desde que haja igualdade nos direitos do cidadão. A cidadania, então, é a chave da questão, podendo ser entendida como “um *status* concedido aos indivíduos que são membros integrais da sociedade” (p. 235). Assim, os direitos somente são assegurados diante de um Estado democrático, que aceita a todos os cidadãos como livres e iguais em dignidade e direito (PINSKY e PINSKY, 2003).

De acordo com Horta (1998) foi somente no final do século XX, com a conexão dos direitos individuais e sociais, que os direitos fundamentais passaram a figurar amplamente as constituições contemporâneas. Assim, encontramos a importância da escola como direito público subjetivo, que possui meios para efetivação, devido ao alcance que os direitos fundamentais subjetivos possuem. Ou seja, a conquista de direitos sociais é recente e está contemplada na construção de Estados de Bem-Estar Social.

A educação é um direito fundamental de terceira geração, sendo, portanto, um direito social. Um direito social exige sua ampla e irrestrita efetividade, exigindo-se do Estado uma postura ativa, pois seu objetivo reside em proporcionar às pessoas bem-estar e qualidade de vida. Segundo Titmus (1968) o direito social responde pelo conjunto de necessidades vitais sociais e culturais de um povo, ou seja, alimentação, atenção à saúde, educação e habitação.

Já para Marshall (1950, p.63-64), a compreensão do direito social passa pela compreensão de cidadania social, a qual compreende três elementos:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. (...) Por elemento político se deve entender o direito de participar do exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos integrantes de tais membros. (...) O elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Seguindo a perspectiva histórica, Ferraro (2008) resgata o direito à educação nas Constituições Brasileiras, afirmando que foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a educação passou a ser vista como um direito público subjetivo, já que foi a única que ofereceu meios de eficácia para se cobrar do Estado a prestação desse serviço chamado educação. As Constituições Brasileiras, assim trataram da educação, segundo Ferraro e Lage (2014):

- Constituição Imperial de 1824: a educação aparece no artigo 179, simbolicamente, através da afirmação da instrução primária gratuita para todos. Ou seja, nesse momento ela ainda não era pensada como um direito social e figurou na lista de 35 incisos referentes aos direitos civis e políticos.
- Constituição Republicana de 1891: limitou-se a dizer que o ensino seria lei-gio nos estabelecimentos públicos.
- Constituição de 1934: aparece pela primeira vez a expressão ‘direito à educação’, sendo o tema regulado em capítulo especial. Determina pela primeira vez a fixação de um plano nacional de educação e o ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória.
- Constituição Getulista de 1937: reafirma o princípio do ensino primário obrigatório e gratuito, mas sem menção ao direito à educação.
- Constituição de 1946: reafirma o princípio do direito à educação no artigo 166 e estabelece dois princípios ao ensino – o ensino primário obrigatório e a sua gratuidade em estabelecimentos oficiais.
- Constituição de 1967: manteve o direito à educação e o ensino primário obrigatório e gratuito, já estabelecidos nas constituições de 1934 e 1946.
- Constituição de 1988: reconhecimento explícito da educação como direito

social de caráter público subjetivo. A Emenda Constitucional nº 59/2009 estendeu a escolarização obrigatória e gratuita a toda educação básica (dos 04 aos 17 anos), alterando o inciso I do artigo 208.

Atualmente esse entendimento da educação como direito social público subjetivo já está consolidado nas legislações nacional e internacional. Exemplos disso são citados por Cury (2002), através da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960), do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e do Documento de Jontiem, mais recentemente.

Não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderiam expressar (BOBBIO, 1992, p. 75).

No Brasil, a educação enquanto direito fundamental de natureza social possui previsão constitucional, a partir do Artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Outros documentos legais, infraconstitucionais, também reconhecem a educação como direito social. Dentre eles, pode-se citar a Lei nº 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 (BRASIL1996) e a Lei nº 10.172/2001, o Plano Nacional de Educação decênio 2014-2024 (BRASIL, 2014).

O Brasil constituiu-se, pela própria Constituição Federal de 1988, um Estado democrático de direito, conforme consta já em seu Artigo 1º. Disso decorre uma imposição legal de respeito aos direitos individuais e sociais. Tal qual nos aponta Duarte (2007), o acolhimento dos princípios de um Estado social e democrático de direito impõe a natureza jurídica dos direitos sociais enquanto verdadeiros direitos, tendo na elaboração e implementação de políticas públicas sua materialidade.

A educação, portanto, é direito de todos, visto que está ancorada no princípio da universalidade. “A fundamentalidade do direito à educação é inerente a seu caráter de elemento essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e à concreção da cidadania”, afirma Garcia (2006).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 apresentou muito avanços em relação aos direitos fundamentais e também em relação as suas garantias. Em relação específica às garantias dos direitos fundamentais, a Constituição avançou diante da previsão legal de remédios jurídicos próprios para sua proteção, tais como a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança

coletivo (DUARTE, 2007).

A Constituição Federal de 1988 inovou também na previsão de mecanismos capazes de garantir o direito à educação. São os chamados ‘remédios constitucionais’ ou instrumentos jurídicos. Assim, foram incluídas ações e garantias, ou seja, instrumentos jurídicos, para tornar efetivo o exercício dos direitos constitucionais (OLIVEIRA, 1999).

A explicação para tantos avanços está no momento histórico em que foram produzidos, ou seja, na década em que o país passava pelo processo de redemocratização. A tentativa feita pelos legisladores responde pela vontade política da época em impedir qualquer retrocesso na garantia dos direitos fundamentais à sociedade brasileira. Nesse sentido, a Constituição de 1988 reconhece explicitamente o direito de todos à educação, através de seu Artigo 205, consagrando a universalidade desse direito.

Ainda, o direito à educação na Constituição Federal (1988) é considerado como direito público subjetivo. O artigo 205 coloca que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Também na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional está assegurada a garantia à educação, onde a mesma é apresentada enquanto direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão acessar o poder judiciário para garanti-la. Um direito público subjetivo é aquele “plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, ou seja, exigível judicialmente, caso não seja prestado espontaneamente” (SILVA, 2009, p. 313).

Conforme se pode observar, nos textos legais brasileiros, está expressamente nítido o direito à educação, a qual deve ser obrigatória e acessível de forma gratuita a todos. O Artigo 208 da Constituição Federal de 1988 trata dos deveres do Estado em relação à educação, detalhando o direito à educação.

O artigo 208 apresenta, ainda, os principais mecanismos destinados a detalhar a declaração do direito à educação: O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; o seu não oferecimento pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente; e compete ao poder público recensear os alunos do Ensino Fundamental, fazer a chamada e zelar pela frequência junto aos pais.

A Constituição Federal de 1988, portanto, garante nitidamente a educação escolar básica gratuita. Segundo Bobbio (1992, p. 75), “não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária”.

Para Marshall (1967), a instrução primária pode ser considerada um pré-requisito para o exercício de outros direitos. Isso porque, segundo Cury (2002), a instrução é o caminho encontrado pela sociedade moderna para garantir aos cidadãos o usufruto dos direitos civis. Desse entendimento fica clara a concepção que levou a educação tornar-se pública como função do Estado: ela possibilita a garantia dos direitos subjetivos de cada um. “A importância do ensino primário tornado um direito imprescindível do

cidadão e um dever do Estado impôs a gratuidade como modo de torna-lo acessível a todos. Por isso, o direito à educação escolar primária inscreve-se dentro de uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos” (CURY, 2002, p. 248).

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há, atualmente, o entendimento da garantia de acesso à educação básica para todos os cidadãos, graças ao pressuposto vincular da educação escolar como uma dimensão fundante da cidadania. No entanto, apesar desse entendimento legal, inclusive com mecanismos jurídicos de garantia desse direito, ele não tem sido respeitado na sua íntegra. Como aponta Philipp (2010), é preciso levar em conta o quanto foi difícil e moroso o caminho que levou à formulação de direitos decorrentes da condição humana para todos. Ainda assim, é possível identificar ao redor do planeta, flagrantes sistemáticos de privações de direitos.

Estamos, aqui, discutindo sobre direitos já conquistados, “partindo da noção de direito humano à educação, em sua intrínseca e indissociável relação com os demais direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais” (CARRERA, 2014, p.76). Assim, em relação ao direito à educação, a emergência desse debate também é verdadeira. O momento é, portanto, oportuno para ensejarmos reflexões acerca da educação pública que queremos e do quanto queremos avançar nessa perspectiva.

REFERÊNCIAS

ASCOLI, U. (Org.). **Welfare State all Italiana**. Laterza: 1984.

AZEVEDO, Janete Maria L. O Estado, a política educacional e a regulação do setor educacional no Brasil: uma abordagem histórica. In: FERREIRA, Naura Syria C.; AGUIAR, A. de S. (orgs.). **Gestão da Educação: impasses, perspectivas e compromissos**. São Paulo: Cortez, 2004.

BOBBIO, N. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONETTI, Lindomar Wessler Boneti et al. Do direito à Educação Superior ao desafio do acesso para todos. **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 13, n. 39, p. 521-540, maio/ago. 2013.

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

BRASIL. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. **Plano Nacional de Educação**. Presidência da República, Brasília, 2001.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.005 de 24 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2014.

BRASIL. Lei nº 9394/1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Presidência da República/MEC, Brasília: 1996.

BRIGGS, Anthony. The Welfare State in Historical Perspective. In: **Archives Europeenes de Sociologie II**, 1961.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

CONDORCET, M. **Cinco memórias sobre a instrução pública**. UNESP. São Paulo: 2008.

CURY, Carlos R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, nº 116, julho, 2002.

DOMINGUES, José. Cidadania, direitos e modernidade. In: SOUZA, Jesse (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB, 2001.

DRIBE, Sônia. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. **Caderno de Pesquisa**. nº 8, Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEEP, UNICAMP, 1993.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, vol. 28, nº 100, Especial, Out., 2007.

ESPING-ANDERSEN, Goran. **Politics against Markets**. The Social-Democratic Road to Power. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985.

FERRARO, Alceu R. Direito à Educação no Brasil e dívida educacional: e se o povo cobrasse? **Revista Educação e Pesquisa**. São Paulo: v. 34. nº 2, p. 273-289, maio/ago. 2008.

FERRARO, Alceu Ravello. Educação, classe, gênero e voto no Brasil Imperial: Lei Saraiva, 1881. **Educar em Revista**, nº 50, p. 171 – 206, out./dez. 2013.

FERRARO, Alceu Ravello; LAGE, Allene Carvalho. Do direito à educação em Pernambuco à luz das constituições brasileiras e dos censos demográficos. **Revista de Educação Pública**, Cuiabá, v. 23, n. 54, p. 919-939, set./dez. 2014.

FLORA, P.; HEIDENHEIMER, A. **The Development of Welfare State in Europe and America**. New Brunswick, N. J., Transaction Books, 1981.

FRASER, N. **Justice interruptus**: critical reflections on the “postsocialist” condition. New York/London: Routledge, 1997.

GARCIA, E. O Direito à Educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 383, p. 83-112, 2006.

GERWIRTZ, Sharon; CRIBB, Alan. Concepções plurais de justiça social: implicações para a sociologia das políticas. In: BALL, Stephen J.; MAINARDES, J. (Org.). **Políticas educacionais: questões e dilemas**. São Paulo: Cortez, 2011.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HÖFLING, E. M. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Caderno Cedes**, ano XXI, nº 55, novembro de 2001.

HORTA, J. S. B. Direito à Educação e Obrigatoriedade Escolar. **Caderno de Pesquisa**, Fundação Carlos Chagas, n. 104, p. 5-34, jul. 1998.

- JESSOP, K. **The future of the capitalist state**. Cambridge: Polity, 2002.
- MARSHALL, T. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania e Classe Social**. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1950.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista Brasileira de Educação**, mai/ago, nº 11, 1999.
- PHILIPP, Rita Radl. Derechos humanos y género. **Caderno CEDES**, vol.30, nº81, Campinas, maio / agosto 2010.
- PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (ORGS). **História da Cidadania**. 2ª Ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- QUEIROZ, Maria Isaura P. de. **O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.
- RALWS, Jhon. Justiça como equidade. In: RAWLS, Jhon. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RISTOFF, D. Educação Superior no Brasil – 10 anos Pós-LDB: da expansão à democratização. IN: INEP. **Educação Superior no Brasil – 10 anos Pós-LDB**. Coleção INEP 70 anos. Vol. 2, Brasília, 2008.
- ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de l'Etat-Providence**. Paris: Seuil, 1981.
- SANTOS, Boaventura de S. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, et al (Orgs.). **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- STOER, Sthepen. Educação como direito: o papel estratégico da educação pública na construção da igualdade e da justiça social. **RBPAE**, v. 22, nº 1, jan./jun., 2006.
- TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. AATR-BA, 2002.
- TITMUS, R. **Essays on teme Welfare State**. London, Allen e Unwin: 1963.
- VIANA, Mateus Gomes; CESAR, Raquel Coelho Lenz. **Direito à Educação no Brasil: Exigibilidade Constitucional**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal>> Acesso em 01 out de 2010.
- WILENSKI, H. L. **The Welfare State and Equality**. Berkeley, University of Califórnia Press, 1975.
- YOUNG, I. M. **Justice and the politics of difference**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.

SOBRE O ORGANIZADOR

Douglas Santos Mezacasa: Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do estado do Paraná - PUCPR (2014); é especialista na área de Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2016); é especialista em Direito e Processo Civil Contemporâneo pela Faculdade São Luís (2019); possui Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – UniCesumar (2018). Atua como Professor e Coordenador do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás – UEG e como Professor de Direito do Centro Universitário do Vale do Araguaia – UNIVAR. É professor pesquisador associado à Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Advogado inscrito na OAB/PR nº 75.480 atuante nas áreas do Direito do consumidor e previdenciário. Como pesquisador atua como coordenador do Projeto de Pesquisa intitulado “Gênero, identidade e direito: perspectivas da corte interamericana de direitos humanos” e integrante do projeto de pesquisa: “Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de efetivação dos Direitos da Personalidade”. Possui livros e artigos publicados nas áreas dos Direitos Humanos, Direitos da Personalidade e de Gênero. Também atua no corpo editorial de revistas científicas e editoras.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Argumentação jurídica 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71

Ativismo judicial 59, 60, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 125, 142, 143, 147, 148

C

Capital humano 86

Casamento civil 120

Contratos empresariais 17, 19, 23, 24, 28

D

Decisões judiciais 2, 19, 60, 63, 64, 70

Deliberacionismo 94, 95, 96, 106

Democracia 15, 59, 62, 82, 83, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 112, 116, 118, 150, 151, 187, 188

Desenvolvimento social 122, 123, 126, 130, 132, 137

Direito comparado 72, 83, 144

Direitos fundamentais 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 41, 46, 49, 59, 67, 68, 82, 109, 116, 117, 118, 121, 124, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 182, 184, 185, 188

Direitos humanos 33, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 84, 112, 124, 151, 153, 156, 157, 158, 159, 181, 186, 189

Discurso do ódio 114, 115, 119, 151, 154, 158, 159

E

Educação 1, 47, 55, 86, 94, 126, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188

Escravidão 8, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57

Estado constitucional 140, 142

F

Fraternidade 34, 153

H

Homicídio 120, 121, 160

I

Idade média 3, 86, 87, 181

Igualdade 11, 14, 17, 28, 34, 42, 73, 78, 82, 83, 99, 100, 101, 102, 107, 121, 128, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 178, 182, 187, 188

Iluminismo 2

Imparcialidade 1, 2, 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15

Impenhorabilidade 30, 31, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47

Imunidade material 109, 111, 115, 116, 117

Informação 22, 24, 26, 27, 70, 86, 88, 89, 90, 93, 133, 159

J

Jurisprudência 15, 19, 24, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 60, 74, 78, 80, 81, 109, 117

Justiça do trabalho 12, 59, 60, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71

Justiça social 34, 94, 99, 103, 151, 161, 174, 175, 176, 177, 187, 188

L

Liberalismo 99, 100, 101, 102, 107

Liberdade de expressão 109, 110, 111, 114, 115, 117, 118, 119, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159

Liberdade econômica 21, 72, 73, 132, 178

Licitude 122, 152, 156

Literatura 1, 13, 19, 24, 97, 149, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 170, 172, 173, 175

Livre iniciativa 23, 52, 72, 132

N

Nazismo 149, 150, 155, 158, 159

Neoconstitucionalismo 140, 141, 142, 143, 146, 147, 148

Neutralidade 1, 2, 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15

Nubentes 120, 121

P

Parlamentares 109, 111, 115, 116, 117, 145, 166

Patrimônio 6, 30, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 74, 76, 77, 81, 161

Poder 5, 12, 17, 20, 21, 27, 30, 32, 33, 34, 42, 49, 51, 54, 57, 59, 63, 66, 67, 68, 69, 72, 82, 83, 84, 86, 87, 90, 94, 95, 100, 101, 102, 104, 105, 109, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 135, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 154, 160, 174, 179, 183, 185, 189, 190, 191

Política 2, 62, 63, 89, 90, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 116, 118, 125, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 185, 186, 188

Pós-modernidade 17, 86, 87, 90

Protagonismo judicial 59, 60, 65, 66, 68, 69

S

Seguradora 74, 79

Segurados 74, 75, 78, 79

Senzalas 49

T

Trabalho doméstico 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58

V

Vulnerável 12, 26, 160, 161, 162, 167, 171, 172

 **Atena**
Editora

2 0 2 0