



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

18^a EDIÇÃO

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

18ª Edição

copyright © 2020 por RED|UnB

Editoração e Revisão
Equipe Editorial

Diagramação e Capa
i7 Agência

Apoio:



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 18 (2020) – Brasília: RED UnB,</p> <p>Semestral ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Matheus de Souza Depieri
Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

EDITORES

Gabriela de Lima Chehab
Luiz Vinicius de Souza Fernandes

EDITORES-ASSISTENTES

Asafe Ribeiro de Campos
Gabriel Antonio Batalha Lima
Gabriel Figueira Andrade
Gabriel Pedroza Martins Hernandez
Gustavo José de Deus Souza Gomes
Kátia Lino Rocha
Luíza Oliveira Ramagem
Manuela Fonseca Dalpoz
Vítor Barradas Basto

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Claudia Rosane Roesler
Diego Herrera Moraes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

PARECERISTAS

Abhner Youssif Mota Arabi
Adriana Castelo Branco de Siqueira
Adriano Marteleto Godinho
Alessandra Danielle Carneiro dos
Santos Hilário
Alex Lobato Potiguar
Alonso Reis Siqueira Freire
Amanda Flávio de Oliveira
Amauri Cesar Alves
Ana Paula Zavarize Carvalhal
Ana Cláudia Redecker
Ana de Oliveira Frazão
Ana Rachel Freitas da Silva
André Zonaro Giacchetta

Andreas Joachim Krell
Angelo Gamba Prata de Carvalho
Benedito Cerezzo Pereira Filho
Breno Baía Magalhães
Bruno Tadeu Palmieri Buonicore
Bruno Valverde Chahaira
Carolina Machado Cyrillo da Silva
Clarindo Epaminondas de Sa Neto
Claudia Maria Barbosa
Cláudia Haidamus Perri
Cláudia Rosane Roesler
Cláudio Jannotti da Rocha
Cristina Maria Gama Neves da Silva
Daniel Pitanguera de Avelino

Daniel Costa Rebello
Daniel Oitaven Pamponet Miguel
Daniela Marques de Moraes
Danilo Porfírio de Castro Vieira
Debora Bonat
Duina Mota De Figueiredo Porto
Elisa Costa Cruz
Evandro Charles Piza Duarte
Fábio Perin Shecaira
Fernanda de Carvalho Lage
Flávio Jaime de Moraes Jardim
Francisco Sérgio Silva Rocha
Frederico Gonçalves Cezar
Gisela Aguiar Wanderley
Iara Pereira Ribeiro
Isaac Costa Reis
Joanir Fernando Rigo
João Carlos Banhos Velloso
Jorge Coutinho Paschoal
José Nunes de Cerqueira Neto
José Querino Tavares Neto
Laura Carneiro de Mello Senra
Leandro Cardoso Lages
Leandro Oliveira Gobbo
Leonardo Almeida Lage
Leonardo Peres da Rocha e Silva
Leonio José Alves da Silva
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Marcelo Weick Pogliese
Marcos Vinicius Lustosa Queiroz
Marcus Faro de Castro
Marcus Flávio Horta Caldeira
Marcus Vinícius Fernandes Bastos
Margareth Vetis Zaganelli

Maria Cecília de A. Monteiro Lemos
Maria da Graça Marques Gurgel
Marlon Tomazette
Mateus Rocha Tomaz
Maurício Requião de Sant'Ana
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Patrícia Soster Bortolotto
Paul Hugo Weberbauer
Paulla Christianne da Costa Newton
Paula Pessoa Pereira
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Henrique Blair de Oliveira
Paulo Henrique Martins de Sousa
Paulo Roney Ávila Fagundes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Regnoberto Marques de Melo Júnior
Renata Portella Dornelles
Renata Queiroz Dutra
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas
Rodrigo Portela Gomes
Rubens Beçak
Sady d'Assumpção Torres Filho
Silvana Beline Tavares
Tainá Aguiar Junquillo
Thiago Mendonça de Castro
Ticiano Figueiredo de Oliveira
Tomás Filipe Schoeller B. Ribeiro Paiva
Vicente Coelho Araujo
Vinicius Gomes de Vasconcelos
Welliton Caixeta Maciel

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
<i>Matheus de Souza Depieri e Pedro Henrique de Moura Gonet Branco</i>	
VARIEDADES DE POPULISMO	12
<i>Mark Tushnet</i>	
DIREITOS POLÍTICOS, LIBERDADE DE CULTO E ABUSO DO PODER RELIGIOSO: JULGADOS RECENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	29
<i>Sérgio Silveira Banhos</i>	
USO DE EVIDÊNCIAS NO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE ABORTO: O CONCEITO DE DIREITO À VIDA NOS AMICI CURIAE DA ADPF 442 ...	46
<i>Amanda Luize Nunes</i>	
RELAÇÕES DE TRABALHO DO SÉCULO XXI E OS JOGADORES PROFISSIONAIS DE E-SPORTS.	84
<i>Bárbara Mendes Peres, Suziany Venâncio do Rosário</i>	
ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: O CONSUMIDOR, O MEIO AMBIENTE E ATUTELA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	107
<i>Bruno Scherrer Carniel, João Vitor dos Santos de Souza</i>	
O PROBLEMA DA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE AFETIVIDADE	134
<i>Danilo Porfírio de Castro Vieira, Adryell Bernardo Nogueira Feuerstein</i>	
COLONIALIDADE E CONSTRUÇÃO NACIONAL: O PAPEL DO PENSAMENTO JURÍDICO NA DIVISÃO RACIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA	164
<i>Felipe Montiel da Silva, Júlia Dutra de Carvalho</i>	
DELIMITAÇÃO E FRACIONAMENTO: ATRIBUTOS (INEXPLORADOS) DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA	197
<i>Gabriel Rodrigues Soares</i>	
POR AMOR ÀS CAUSAS PERDIDAS: ENTRE CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS INFLUÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	222
<i>Jady Leonilya Gomes Machado, Leôncio Rikelme Medeiros Carneiro, Maria Sara Paiva Mesquita</i>	

A TEORIA MARXISTA DO DIREITO DE EVGUIÉNI PACHUKANIS: PREMISSAS METODOLÓGICAS, CONCEITOS CENTRAIS E UMA CRÍTICA A PARTIR DE HANS KELSEN	241
<i>Marco Antonio Toresan</i>	
AS FAMÍLIAS PARALELAS NOS TRIBUNAIS: EM BUSCA DE RECONHECIMENTO	266
<i>Paula Paciullo de Oliveira, Thainara Silva da Costa, Thais Silva da Costa³</i>	
A NATUREZA JURÍDICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	287
<i>Pedro Henrique Cruz Nogueira</i>	
A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO, FORMA E CRÍTICA	319
<i>Rogério Bontempo Cândido Gontijo, Sara de Assis Aquino</i>	
FACIAL RECOGNITION, LAW ENFORCEMENT AND THE IDENTITY- AUSTRALIAN MATCHING SERVICES (‘IMS’) BILL	343
<i>Shana Schlottfeldt</i>	

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 18ª edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB). Esta edição marca a consolidação de um projeto iniciado em 1996, que passou por muitas e talentosas mãos até chegar à gestão atual, iniciada em 2019. Nossa equipe, formada, atualmente, por treze estudantes de graduação, quatro professores conselheiros e mais de 100 professores pareceristas, mantém viva o propósito da RED|UnB: estimular a pesquisa científica e permitir que a comunidade jurídica tenha acesso às discussões mais relevantes para o aperfeiçoamento acadêmico-profissional de cada um.

Ainda cerceados pela pandemia da Covid-19, que trouxe muitos desafios à vida em sociedade, mantivemos nosso objetivo maior de oferecer à Academia conteúdo de qualidade e de relevância internacional. Nesse sentido, continuamos a promover webinários e a proporcionar a publicação de artigos de opinião no nosso Blog. Demos início, também, ao REDCast, o *podcast* da Revista dos Estudantes de Direito da UnB, que em poucos meses já trouxe entrevistas com a Min. Susanne Baer, da Corte Constitucional da Alemanha, com o Min. Gonçalo Almeida, do Tribunal Constitucional de Portugal e com o Juiz Humberto Sierra Porto, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mantivemos, igualmente, nossas atividades para a publicação desta nova edição. Recebemos, no início do ano, 103 artigos de autores dos mais diversos estados brasileiros. Após avaliação pelo processo do *Double-blind peer review* por um Conselho Consultivo formado por mais de 100 especialistas do Direito, selecionamos 12 artigos para publicação neste segundo semestre de 2020. Entre graduandos, bacharéis, mestrandos, mestres e doutores, nossos autores vêm de Institutos nacionais e estrangeiros, como UnB, IDP, UFES, UNESP, Universidade La Salle, UFRGS, UVA, UFSC, UFJF e Universidad Carlos III de Madrid. O leitor encontrará textos que contemplam diferentes esferas do Direito, todos com o aval de professores que se destacam nas suas respectivas áreas de atuação.

Além dos artigos submetidos, esta edição oferece aos leitores dois artigos convidados. O primeiro traz para a comunidade lusófona, em

tradução oficial e inédita, o texto “Variedades de Populismo”, do professor Mark Tushnet, da Universidade de Harvard.

O segundo artigo convidado, por sua vez, completa série iniciada na 16ª edição do periódico, com a análise da jurisprudência recente de tribunais superiores na visão de ministros que compõem as respectivas cortes. Nesse sentido, o Ministro Sérgio Silveira Banhos, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), brinda-nos com o artigo “Direitos políticos, liberdade de culto e abuso do poder religioso: julgados recentes do Tribunal Superior Eleitoral”. Com essa publicação, temos a alegria de ter proporcionado ao leitor da RED|UnB, nos dois últimos anos, artigos escritos por ministros de todos os tribunais superiores do país.

Esperamos que essa série de artigos convidados, juntamente com os artigos submetidos ao *double blind peer review*, tenha contribuído com a difusão do conhecimento jurídico e que possa ter estimulado estudantes a se engajarem em pesquisas acadêmicas.

Por fim, deixamos registrados nossos agradecimentos à Comissão da Alumni – Direito UnB pelo apoio à Revista, na pessoa de seu presidente José Peixoto. Agradecemos, também, aos professores conselheiros da Revista, pelos ensinamentos, e aos membros do Conselho Consultivo, pela avaliação dos artigos submetidos. Devemos, ainda, nosso reconhecimento aos Editores, Gabriela Chehab e Luiz Vinicius Fernandes, e aos Editores-Assistentes, Asafe Campos, Gabriel Lima, Gabriel Andrade, Gabriel Pedroza, Gustavo José, Kátia Lino, Luíza Ramagem, Manuela Dalpoz e Vítor Barradas, sem os quais não seria possível desenvolver o minucioso trabalho exigido para a publicação de um periódico científico.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,

Matheus de Souza Depieri

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

VARIEDADES DE POPULISMO¹

VARIETIES OF POPULISM

Mark Tushnet²

Resumo: As discussões contemporâneas sobre populismo elidem distinções importantes entre as maneiras pelas quais líderes e movimentos populistas respondem às falhas das elites em cumprir as promessas associadas com o constitucionalismo internacional do bem-estar social. Após definir a economia política das origens dos populismos, este artigo descreve a relação entre os populismos e as variedades de liberalismo e, especificamente, a relação entre populismos e independência judicial, aqui entendida como um “ponto de veto” ocupado pelas elites que os populistas desafiam. Em seguida, o artigo distingue a aceitação, pelos populismos de esquerda, dos compromissos de bem-estar social do liberalismo do final do século XX e sua rejeição a alguns acordos constitucionais estabelecidos que, na opinião dos populistas, obstrui o cumprimento desses compromissos. O texto conclui com uma descrição do etnonacionalismo central do populismo de direita, que às vezes aparece de forma episódica nos populismos de esquerda, mas que não é um dos componentes centrais destes.

Palavras-chave: populismo de direita; populismo de esquerda; constitucionalismo internacional de bem-estar social

1 Artigo traduzido, com aprovação do autor, por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco, editores-chefe da RED|UnB. O texto original foi publicado em “German Law Journal (2019), 20, pp. 382–389, Cambridge University Press (DOI 10.1017/glj.2019.27)”.

2 William Nelson Cromwell Professor of Law da Harvard Law School. Este ensaio está relacionado e parte dele foi extraído de “Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism”, em “Constitutional Democracy In Crisis?” (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds., 2018). Email: mtushnet@law.harvard.edu

Abstract: Contemporary discussions of populism elide important distinctions between the ways in which populist leaders and movements respond to the failures of elites to follow through on the promises associated with international social welfare constitutionalism. After laying out the political economy of populisms' origins, this Article describes the relation between populisms and varieties of liberalism, and specifically the relation between populisms and judicial independence understood as a "veto point" occupied by the elites that populists challenge. It then distinguishes left-wing populisms' acceptance of the social welfare commitments of late twentieth century liberalism and its rejection of some settled constitutional arrangements that, in populists' views, obstruct the accomplishment of those commitments. It concludes with a description of the core ethnonationalism of right-wing populism, which sometimes contingently appears in leftwing populisms but is not one the latter's core components.

Keywords: right wing populism; left wing populism; international social welfare constitutionalism

A. INTRODUÇÃO: IDENTIFICANDO POPULISMOS

Começo descrevendo duas abordagens gerais que identificam o populismo contemporâneo³. A abordagem *estipulativa* – mais comum na imprensa – atribui essa característica aos regimes com líderes carismáticos, que afirmam falar pelo “povo” e oferecem uma retórica de oposição às diferentes “elites”. A abordagem *definicional* – mais comum entre os acadêmicos – oferece critérios gerais pelos quais é possível identificar um regime populista. As definições mais comuns incluem critérios como: a política compreendida como um cenário de “um povo moralmente puro e unificado (...) contra elites consideradas corruptas ou, de alguma forma, moralmente inferiores” ou como se “apenas algumas pessoas [fossem] realmente o povo”; populistas “dividem a sociedade em ‘dois grupos homogêneos e antagônicos: o povo puro de um lado e a elite corrupta do outro’, e dizem que são guiados pela ‘vontade do povo’”; populistas “não são pluralistas. Eles consideram apenas um grupo, (...) ‘o povo’ (...), como legítimo”⁴.

Essas abordagens tratam o populismo como um modo de atividade política sem conteúdo substantivo específico. Esse conteúdo é fornecido por outro elemento: geralmente alguma versão de um nacionalismo neoliberal ou de um socialismo também nacionalista. Estes são os populismos de direita e de esquerda, respectivamente. A recente atenção acadêmica aos populismos como tais – junto da dimensão do “modo de atividade política” – obscurece diferenças na dimensão da substância. Este artigo foca nesta última dimensão.

3 O termo *contemporâneo* é importante aqui. O populismo tem uma longa história e é quase certamente um erro pensar que podemos desenvolver uma categoria útil na qual os Narodniki russos do século XIX, o People’s Party norte-americano do final do século XIX, Juan Peron, em meados do século XX na Argentina, e Donald Trump se encaixariam confortavelmente.

4 JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? (2016); Uri Friedman, What is a Populist?, The Atlantic (Feb. 27, 2017), <https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/02/what-is-populist-trump/516525/> (citando e discutindo Cas Mudde & Cristobal Rovira Kaltwasser, Populism: A very Short Introduction (2017)).

B. "POPULISMO" TRANSFORMADOR

Antes de abordar o populismo de direita e de esquerda, penso que é importante identificar algo como um populismo que está presente nas próprias bases do constitucionalismo democrático. Esse tipo de populismo é característico e talvez limitado a formas contemporâneas de populismo na América Latina andina. Os movimentos políticos tidos como populistas no Equador e na Bolívia buscaram e alcançaram o que os teóricos clássicos do liberalismo – como Hannah Arendt – chamaram de transformação de súditos em cidadãos⁵. As elites tradicionais dos respectivos países haviam excluído os indígenas de uma participação significativa na política, tanto em nível local quanto nacional. Os movimentos populistas tinham o objetivo simples e, ao mesmo tempo profundo, de passar da exclusão a algum grau de inclusão; “algum grau”, porque o objetivo era colocar os povos indígenas do Equador e da Bolívia em posição não inferior à dos cidadãos comuns da Europa Ocidental, por exemplo. Tendo transformado súditos em cidadãos, o populismo poderia cair para um lado e ser substituído pela política comum – o que poderia, evidentemente, incluir populismos com conteúdo substantivo, mas também poderia incluir barganhas pluralistas de grupos de interesse comuns⁶.

Um aspecto importante do populismo “transformador” é o seguinte: a transformação de súditos em cidadãos comuns é, da perspectiva do liberalismo tradicional, um benefício inequívoco. É quase sempre acompanhado por uma redução no poder político efetivo das elites existentes; afinal, em alguma medida, o objetivo da transformação é precisamente reduzir o seu poder. Essa redução não é um problema do ponto de vista do liberalismo; pelo contrário, é uma das mudanças normais pelas quais passa o poder político efetivo, característica das políticas liberais que funcionam bem.

Há vezes em que a transformação pode ser acompanhada por uma redução no poder *formal* – e na liberdade – das elites existentes. Um

5 Hannah Arendt, *On Revolution* (Penguin Classics 2006) (1963).

6 Pessoalmente, acho que não está claro qual o caminho adotado pelas nações andinas; minha percepção é que o Equador avançou substancialmente em direção à política pluralista, com o repúdio de Lenin Moreno às transformações constitucionais de Raul Correa, e que não conheceremos o caminho da Bolívia até vermos o resultado das próximas eleições.

exemplo pode ser visto na imposição de restrições à liberdade de imprensa impostas para garantir que a transformação não seja desfeita pelo incentivo à mobilização da força contra os novos cidadãos. Saber se a transformação será um ganho para o liberalismo, portanto, dependerá do grau de deterioração ou de redução das liberdades formais em comparação com o grau de aprimoramento do poder político efetivo nos novos cidadãos. O ponto central aqui é que a redução da liberdade formal não é, por si só, suficiente para condenar a transformação populista como iliberal.

C. A ECONOMIA POLÍTICA DAS ORIGENS DOS POPULISMOS

Os programas substantivos buscados pelos populistas geralmente partem de um diagnóstico negativo sobre a situação de uma nação. Os populistas de direita e de esquerda costumam oferecer diagnósticos semelhantes. Eles começam com os programas oferecidos pelas elites governantes – para a Europa Ocidental depois de 1945, para a Europa Central e Oriental depois de 1989 e para a América Latina nos anos 1990. Esses programas foram o que chamo de constitucionalismo internacional de bem-estar social. Os sistemas partidários nacionais foram organizados em torno de agendas políticas concorrentes, cada uma delas visando atingir tal objetivo.

O componente do bem-estar social prometeu aumentar regularmente a satisfação material espalhada por todos os níveis econômicos, permitindo-se apenas contratempos ocasionais e temporários em recessões leves, que as elites poderiam endereçar por meio de técnicas macroeconômicas conhecidas, juntamente com uma rede de segurança social razoavelmente densa que ajudasse as pessoas a resistir a esses – e outros previsíveis – contratempos. Haveria, em grande medida, igualdade de sacrifício por meio de impostos e compartilhamento de encargos, tanto no cotidiano quanto diante de eventos extraordinários que perturbassem o funcionamento social. Também haveria algum compromisso com uma igualdade de benefícios mais intensa, restringindo a alocação visivelmente desproporcional dos ganhos do crescimento econômico.

O componente internacional foi a crescente integração das economias nacionais em uma economia global que forneceria os recursos para apoiar o componente do bem-estar social. A teoria tradicional do comércio internacional reconhece que os benefícios gerais substanciais decorrentes desse comércio – evidenciados, por exemplo, pela expressiva redução da pobreza extrema na China e na Índia – podem causar perturbações econômicas e dores significativas em outros lugares. O movimento do capital do centro para a periferia aumenta a renda na periferia e diminui os preços no centro, mas faz com que alguns trabalhadores do centro fiquem sem empregos. A migração internacional aumenta a renda daqueles que migram e, pelas remessas que estes fazem, também daqueles que não migram, mas reduz de maneira semelhante as oportunidades de emprego anteriormente disponíveis para os trabalhadores dos países que recebem os imigrantes. Em princípio, os sistemas políticos domésticos poderiam tratar dessas questões. Programas de reciclagem de empregos e políticas semelhantes de ajuste comercial podem permitir que os trabalhadores afetados pelo comércio internacional obtenham sua parcela dos benefícios do comércio.

Finalmente, o componente constitucional era um sistema de organização política que tinha a capacidade de fornecer todos esses elementos de bem-estar social.

O populismo contemporâneo surgiu quando, e porque, as elites políticas falharam em seguir o constitucionalismo internacional do bem-estar social. No nível constitucional, as políticas domésticas paralisaram-se em padrões que impossibilitavam responder com a flexibilidade necessária para cumprir com as promessas de bem-estar social em condições econômicas dinâmicas. Nos Estados Unidos, esse fenômeno é chamado de “*gridlock*”^{7,8}. As políticas de ajuste comercial e de reciclagem de empregos, por exemplo, nunca foram adequadas.

As elites políticas tornaram-se corruptas tanto no sentido venal, por usarem seu poder para aumentar sua riqueza pessoal, quanto no sentido político, por se valerem do poder político para se fortalecer.

7 (N.T.) Em tradução literal, impasse.

8 Em alguns relatos da ordem econômica internacional, o internacionalismo que fazia parte do programa de elite produziu *gridlocks* e fenômenos relacionados, pois os partidos diferiam quanto ao grau em que seus programas econômicos nacionais deveriam acomodar mudanças acontecidas no cenário econômico internacional.

Outra forma de corrupção que se percebe decorre do fato de que as elites políticas obtiveram os benefícios do comércio globalizado e fizeram com que os trabalhadores deslocados na economia doméstica carregassem o fardo – contrariamente à promessa de igualdade no compartilhamento de encargos e benefícios anunciada pelo cosmopolitismo internacional de bem-estar social⁹.

À medida que as elites políticas se tornaram mais cosmopolitas, auto-reproduzíveis, isoladas do estresse econômico e auto-satisfeitas, elas passaram a ficar cada vez mais indiferentes ao cumprimento das promessas de bem-estar social que haviam feito. A desigualdade econômica aumentou, embora isso por si só não fosse inconsistente com o constitucionalismo internacional do bem-estar social. Mais importante, o prometido aumento do bem-estar material para os cidadãos não ocorreu, ou pelo menos não ocorreu de forma facilmente discernível. As elites lidaram com as perturbações ocasionadas pela globalização tanto pela inação, por causa do *gridlock*, quanto pela adoção de programas de austeridade que deixaram lacunas cada vez maiores na rede de proteção social. No nível constitucional, o *gridlock* Legislativo transferiu o poder de formulação de políticas públicas para o Executivo, que poderia governar por meio de normas administrativas e de decretos.

Em resumo, o diagnóstico populista era que as elites haviam quebrado as promessas que fizeram. Esse diagnóstico era verdadeiro. Ele deu uma base sólida ao antielitismo que caracteriza o populismo contemporâneo. A definição precisa de quem essas elites eram diferia de nação para nação. No hemisfério norte, as elites que quebraram suas promessas eram em grande parte neoliberais cosmopolitas, ao passo que no hemisfério sul eram elites mais tradicionais, acostumadas a enfrentar a oposição das classes baixas domésticas – e também cosmopolitas, embora em menor grau do que aquelas do Norte.

Os empreendedores políticos da direita e da esquerda – que não compunham as elites políticas – perceberam uma oportunidade, e podem ter sido particularmente atraídos para cargos no Executivo por causa de sua crescente independência do Legislativo, restringido pelo *gridlock*. Houve os que formaram novos partidos políticos e houve o

9 Não podemos ignorar, porém, que trabalhadores de outras nações ganharam substancialmente com a economia globalizada

que se firmaram nos partidos já existentes, oferecendo programas consideravelmente distantes do que era consenso na elite. O que é comum nos populismos contemporâneos é um ataque às elites políticas fracassadas e corruptas. E não podemos entender esses populismos, acredito, sem reconhecer que o ataque é, em boa medida, justificado.

Para que os ataques tenham êxito – para que o remédio realmente responda ao diagnóstico – as elites políticas fracassadas deveriam ser arrancadas de suas posições. Isso geralmente requer mudança constitucional, porque as conquistas iniciais dos populistas podem colidir com “pontos de veto”¹⁰ ainda ocupados pelas elites políticas que foram repudiadas pelos cidadãos da nação. Um presidente pode obter uma vitória substancial e acabar enfrentando um Legislativo ainda controlado por essas elites. Ou um presidente pode ganhar as eleições e carregar consigo o Legislativo, e encontrar seus programas frustrados por um tribunal constitucional ainda controlado pelas elites. A revisão constitucional pode ser considerada necessária para eliminar esses “pontos de veto” – criando uma legislatura unicameral, por exemplo, ou restringindo consideravelmente a jurisdição do tribunal constitucional.

As implicações de se pensar sobre o constitucionalismo são facilmente percebidas. Tratar os esforços para transformar os tribunais como um ponto forte contra o populismo – ao criticar os populistas por agredir a independência judicial – e críticas semelhantes a outras mudanças constitucionais defendidas pelos populistas pode ser uma defesa de um *status quo* fracassado, em vez de uma defesa politicamente neutra de um componente central do constitucionalismo como tal. A independência judicial *deve* ser enfraquecida quando se reproduzem as falhas cometidas pelas elites políticas na busca pelo constitucionalismo internacionalista neoliberal¹¹.

10 (N.T.) No original, “veto points”. Sobre esse conceito, conferir Hammond, Thomas. Veto Points, Policy Preferences, and Bureaucratic Autonomy in Democratic Systems. Politics, policy, and organizations: Frontiers in the scientific study of bureaucracy. 2003.

11 Pode ser que os custos de transformação dos tribunais – e de outras instituições – sejam tão grandes que o *status quo* falido é preferível ao que pode eventualmente ser alcançado por uma transformação dispendiosa. Os populistas podem discordar à luz de seu entendimento – novamente, muitas vezes correto – sobre os custos de se persistir no *status quo*.

D. POPULISMOS E LIBERALISMOS

Uso o exemplo da reforma e da independência judiciais como uma transição para discutir a relação entre liberalismo e populismo – se é que há – ou, mais precisamente, a relação entre liberalismos e populismos. Isso porque da mesma forma que existem variedades de populismo, existem também variedades de liberalismo¹². Para ser considerado liberal, um sistema constitucional deve atender a alguns requisitos mínimos, mas pode atendê-los de diferentes maneiras. As leis devem se apoiar no consentimento popular obtido, por exemplo, por meio de métodos razoavelmente confiáveis. Isso inclui eleições livres e justas, é claro, mas também referendos e até mesmo processos consultivos formais que não as eleições. Os juízes devem ter garantias razoáveis de independência do controle político direto e de influências que os inclinam a julgar de forma a favorecer as elites governantes. Os juízes podem ser escolhidos por comissões judiciais de nomeação ou por representantes eleitos e, uma vez escolhidos, seus mandatos devem ser fixados com antecedência. Além disso, devem ser removidos do cargo apenas por conduta não profissional, por meio de processos com modesto envolvimento político direto.

Da mesma forma, deve-se satisfazer cada componente essencial ao constitucionalismo liberal, mas consciente de que há muitas maneiras de fazê-lo. É importante ressaltar que a mudança de um desenho institucional para outro desenho que satisfaça esses componentes – mudar da seleção judicial feita por comissões judiciais de nomeação para a seleção judicial conduzida por representantes eleitos – não indica necessariamente o abandono do constitucionalismo liberal. Em outras palavras, os requisitos institucionais do constitucionalismo liberal não são extremamente rigorosos. Tudo o que se exige é que as instituições estejam dentro de uma gama de alternativas razoáveis.

A maioria, se não a totalidade, das mudanças institucionais implementadas pelos regimes populistas contemporâneos são, uma a uma, compatíveis com o liberalismo constitucional. Percebe-se isso no fato de que para praticamente toda inovação institucional ou mudan-

12 Para aprofundar o assunto, conferir Mark Tushnet, *Varieties of Liberalism*, in *Handbook Of Comparative Constitutional Change* (Alkmene Fotiadou & Xenophon Contiades eds., 2020).

ça constitucional implementada por um regime populista, encontra-se exatamente o mesmo desenho institucional em alguma nação indubitavelmente liberal. A título de exemplo, as regras contra o apoio estrangeiro a organizações nacionais da sociedade civil, se não comuns, não são desconhecidas em democracias liberais centrais – nada obstante, a interferência russa nas eleições estimulou o fortalecimento dessas regras. Ou, pegando talvez o exemplo mais extremo: a Constituição da Bolívia de 2009 criou um Tribunal Constitucional Plurinacional, composto por juízes escolhidos nas eleições nacionais. Nenhum outro tribunal constitucional do mundo é eleito, mas os juízes dos tribunais superiores na maioria das unidades subnacionais – os estados – dos Estados Unidos *são* eleitos.

A qualificação “uma a uma” na análise anterior, entretanto, é bem importante. Geralmente, as disposições constitucionais interagem da seguinte maneira: uma instituição cujo desenho institucional a coloque às margens do constitucionalismo liberal, talvez ela mesma iliberal, é compensada por alguma outra instituição ou por normas extraconstitucionais fortes. Um sistema pode ficar fora dos limites do constitucionalismo liberal se a instituição problemática for mantida e algumas das instituições ou normas que a contrabalanceavam forem removidas.

As controvérsias na América Latina sobre os limites dos mandatos presidenciais são um exemplo. Antes das emendas populistas, a maioria das constituições latino-americanas limitava os presidentes a um único mandato. Elas também concentraram o poder de editar atos normativos na presidência, dando ao presidente, por exemplo, amplos poderes para criar normas vinculantes por meio de decretos não efetivamente sujeitos à aprovação legislativa. A limitação a um mandato compensava essa concentração de poder no Executivo. Remover as limitações de mandato, como ocorreu em várias nações latino-americanas – às vezes sob pressão populista, às vezes pelas próprias elites governantes – abre margem para que se ultrapasse a linha que separa o constitucionalismo liberal do autoritarismo, especialmente sob as condições descritas anteriormente, que induz à concentração de poderes no Executivo.

Determinar se as mudanças constitucionais de inspiração populista são incompatíveis com o constitucionalismo liberal, portanto, exigirá uma análise cuidadosa de como as instituições do novo sistema realmen-

te interagem. E, infelizmente, ninguém parece ter criado métodos politicamente neutros para avaliar tais interações. Muitas vezes, o desacordo com as políticas de direita ou de esquerda adotadas por regimes populistas leva os críticos a classificar como liberais as mudanças institucionais adotadas para que os regimes possam efetivamente implementar essas políticas. A mesma discordância política pode levar os críticos a uma visão antipática dos obstáculos institucionais que os líderes do regime enfrentam na implementação de seus programas. Em vez disso, os críticos atribuem impulsos autoritários aos líderes do regime. Por óbvio, há vezes em que as mudanças são liberais e há vezes em que os líderes agem com um princípio de autoritarismo, mas não é sempre.

Evidentemente, há movimentos antiliberais em alguns populismos de direita e de esquerda – como quando se desvaloriza em alguma medida a política pluralista e quando se nega a igualdade entre todos os cidadãos. Alguns desses movimentos são meramente retóricos. Há vezes em que o líder político populista caracterizará *toda* oposição como fruto dos interesses das elites destituídas em retornar ao poder, ao mesmo tempo em que suas ações demonstrarão o reconhecimento de que parte da oposição é fruto de desacordos reais quanto ao melhor caminho a seguir. Esse reconhecimento se dá ao tratar esse tipo de oposição como dentro dos limites das discordâncias políticas. Há vezes, no entanto, em que esses movimentos são verdadeiramente liberais, como os que dirigem manifestações de antissemitismo e racismo a cidadãos descritos como não pertencentes à nação “real”¹³.

Ainda assim, extrair teorias políticas das declarações de políticos ambiciosos e empresários é bastante difícil. Nem Viktor Orbán nem Donald Trump oferecem uma teoria política sistemática. Nada obstante, apesar de não precisarmos tratar Viktor Orbán como exemplo dessa

13 Aqui, não trato de questões sobre o status constitucional doméstico de imigrantes e refugiados, que são um componente importante do populismo de extrema direita no hemisfério norte. Acho que precisamos distinguir entre o liberalismo como um modo de organizar a política doméstica e as reivindicações da ordem internacional moderna. O primeiro está preocupado apenas com o status dos cidadãos. O liberalismo como um modo de organizar a política doméstica tolera uma ampla gama de políticas em relação aos não cidadãos, desde a exclusão quase completa da política nacional e do território nacional, até políticas muito mais inclusivas, que chegam a permitir que votem em condição de igualdade com os cidadãos em algumas eleições. O regime internacional de direitos humanos acrescenta algo ao liberalismo como um modo de organizar a política interna e, na minha opinião, aqueles que resistem a esse regime não podem ser considerados antiliberais apenas por essa razão.

teoria, mesmo depois de descrever seu regime preferido como o iliberal, podemos dizer que sua ênfase na herança cristã da Hungria beira o iliberalismo. As políticas que o governo de Orbán de fato segue – e da mesma forma os programas adotados por todos os líderes populistas – são, entretanto, mais importantes que sua retórica. Assim, por exemplo, mesmo que a retórica de Orbán sobre o Cristianismo seja problemática do ponto de vista liberal, não há manifestações evidentes de que seu governo adote qualquer política que exclua significativamente os não-cristãos da política húngara.

E. POPULISMO DE DIREITA E DE ESQUERDA

Com essas ressalvas sobre a relação entre retórica e política em mente, volto-me para as diferenças entre populismos de direita e de esquerda, juntamente com dimensões do liberalismo. Muitos escritores caracterizaram o populismo de direita como um movimento de democracia – “o povo” – contra as formas de liberalismo tidas como uma teoria política baseada em ideias sobre a inerente igualdade entre os cidadãos. Além disso, muitos programas populistas de direita acumulam mudanças institucionais que, tidas em conjunto, acabam por deslocar o regime para além dos limites do liberalismo. Os programas econômicos dos populistas de direita costumam ser inteiramente compatíveis com os princípios do livre mercado, associados aos liberais econômicos clássicos. Parte do diagnóstico para os males da economia doméstica, porém, é que o governo ampliou excessivamente as garantias de bem-estar social para os indivíduos que não constituíam verdadeiramente o povo que originalmente formou a nação. Tanto na teoria quanto na prática, e com fortes ressalvas necessárias, os populismos de direita tendem ao iliberalismo.

Novamente, com a ressalva de que os líderes populistas de esquerda não são teóricos políticos sistemáticos, o populismo de esquerda parece bem diferente. Seu programa econômico é realizar o constitucionalismo do bem-estar social que as elites políticas – neoliberais – prometeram. Os populistas de esquerda rejeitam o liberalismo econômico clássico e o neoliberalismo como meios para realizar o consti-

tucionalismo do bem-estar social, e até trazem consigo algum resíduo do que costumava ser chamado de solidariedade proletária internacional, o que os leva a incorporar ao seu programa alguns compromissos internacionalistas. Eles geralmente aceitam o compromisso do liberalismo político com a igualdade entre os cidadãos, como se percebe no fato de a postura anti-imigrante desempenhar um papel aparentemente menor no populismo de esquerda que no de direita.

Os populistas de esquerda propõem algumas alterações significativas nos arranjos institucionais existentes, por enxergarem nesses arranjos garantia de pontos de veto aos seus oponentes, que podem usar – e o fazem – para impedir a adoção de programas econômicos populistas de esquerda. Aqui, de maneira estranha, eles ecoam algumas observações feitas na primeira metade do século XX por reacionários inteiramente opostos ao Estado de bem-estar social. Carl Schmitt e Friedrich Hayek argumentaram, em grande parte corretamente, que cumprir as promessas das constituições de bem-estar social – incluindo agora as constituições de bem-estar social internacionalistas – necessariamente interferiria nos direitos liberais clássicos, por duas razões. Em primeiro lugar, na perspectiva econômica, as mudanças nos mercados e nas preferências individuais alterariam as distribuições de riqueza. Na medida em que o liberalismo do bem-estar social se preocupa com as grandes disparidades de riqueza, o Estado teria que intervir para ajustar a nova distribuição¹⁴.

Em segundo lugar, a política fornece a razão para colocar o liberalismo do bem-estar social em tensão com o liberalismo clássico. As elites econômicas geralmente se sobrepõem às elites políticas e, quando isso não ocorre, as elites econômicas são capazes de subornar a oposição de forma corrupta. Os populistas de esquerda – como os populistas de direita, é claro – acreditam que destituir as atuais elites políticas é essencial para alcançar seus objetivos políticos, os quais, para os populistas de esquerda, incluem cumprir as promessas do liberalismo do bem-estar social. As elites políticas e econômicas existentes ocupam posições estratégicas – mais uma vez, os pontos de veto – que precisam ser superadas, a fim de limitar seu poder político efetivo.

14 Robert Nozick ofereceu uma ilustração famosa em seu exemplo “Wilt Chamberlain”: Suponha que a distribuição da riqueza no tempo 1 esteja de acordo com os requisitos do Estado de bem-estar social. Algumas pessoas utilizarão parte de sua riqueza para comprar ingressos para ver um atleta famoso, tornando-o incrivelmente rico.

Fazer isso, porém, pode exigir não apenas eliminar ou enfraquecer esses pontos de veto – por exemplo, ao se eliminar câmaras legislativas superiores ou ao se restringir as práticas de revisão constitucional e administrativa. Regulamentações sobre financiamento de campanha podem ser necessárias, assim como limites mais rígidos para contribuições oriundas de fontes não domésticas para partidos políticos e organizações da sociedade civil nacionais.

Esses ajustes constitucionais podem ser vistos como alterações ao entendimento existente quanto ao conteúdo dos direitos políticos tradicionais de primeira geração. Questiona-se, então, se essas mudanças estão dentro dos limites permitidos pelo liberalismo. Como sugerido anteriormente, analisadas uma a uma, muitas das mudanças estão dentro desses limites. E as mudanças consideradas em conjunto? Os defensores do populismo de esquerda afirmam que, mesmo no todo, as mudanças não escapam aos parâmetros do liberalismo – embora, como acontece com algumas versões do populismo de direita, eles possam se aproximar do limite.

Nesse ponto, deparamo-nos com o que pode ser descrito como uma questão empírica. Um teste clássico que permite identificar se uma nação avançou do autoritarismo para a democracia é saber se ela passou por duas eleições nas quais os titulares de cargos eletivos foram renovados. O que mais se observa é a reeleição sem renovação. Nada obstante, apenas a reeleição não é suficiente para demonstrar que um regime está paralisado contra a renovação, porque os eleitores podem estar expressando, livres de coerção, que aprovam o governo existente¹⁵.

Avaliar o poder de permanência do populismo é, portanto, difícil. Não há dúvida de que houve uma onda de políticas populistas nas primeiras décadas do século XXI. O que é menos claro é se essa onda é apenas uma parte do ciclo da política comum ou se é um fenômeno mais duradouro. Alguns populistas – como Viktor Orbán – parecem estar no processo de transformar seus regimes populistas em regimes autoritários, mas o resultado final do processo ainda não está claro¹⁶.

15 O melhor exemplo contemporâneo aqui não é um regime populista, mas o regime semiautoritário de Singapura, que regularmente ganha eleições razoavelmente livres e justas por margens substanciais que não podem ser explicadas como distorções da vontade popular pela manipulação do processo eleitoral pelo partido governista.

16 Minha visão da relação entre o populismo de Hugo Chávez e a mudança na Venezuela rumo ao autoritarismo, principalmente sob seu sucessor Nicolás Maduro, é voltada às diferenças de

Vale notar que a oposição a Orbán ainda é capaz de mobilizar grandes manifestações públicas contra seu regime, algo quase impossível em regimes autoritários ou quase-autoritários, como o de Singapura.

Esse, porém, não precisa ser o curso inevitável do populismo. Rafael Correa liderou uma transformação populista no Equador. Ele reestruturou o judiciário, o que lhe deu a capacidade de nomear muitos novos juízes. Ele apoiou ações formais e informais contra os meios de comunicação que se opuseram a ele. Ele propôs mudar a constituição para eliminar os limites do mandato presidencial, o que teria permitido que ele permanecesse no cargo indefinidamente. Apesar de sua aparente popularidade, a proposta inicialmente falhou e, quando reapareceu, Correa teve que prometer não tirar proveito do novo sistema. E então a transformação populista foi revertida. O sucessor designado de Correa, Lenin Moreno, voltou-se contra ele e desfez as mudanças constitucionais que Correa implementou. Se outros líderes populistas serão capazes de institucionalizar seu carisma – como diria Max Weber – ainda não está claro.

Finalmente, chego ao componente nacionalista do populismo de direita e de esquerda. O nacionalismo do populismo de direita é etnocêntrico; o do populismo de esquerda pode ser etnocêntrico na prática, mas não necessariamente o é em princípio.

Todas as formas de populismo colocam “o povo” contra “os outros”, mas quem são os outros pode variar. O diagnóstico do populismo contemporâneo encontra a origem dos problemas nacionais em uma ordem político-econômica *internacional*, e, portanto, “os outros” também se encontram no plano internacional. Para os propósitos atuais, existem dois candidatos. O primeiro corresponde às elites neoliberais que permanecem comprometidas com as políticas fracassadas – muitas que até foram implementadas – do constitucionalismo de bem-estar social internacional¹⁷. Essas elites circulam facilmente pelas fronteiras nacionais, seja como investidores, expatriados ou turistas. O segundo corresponde aos migrantes, sejam eles econômicos ou não.

Do ponto de vista doméstico, as elites neoliberais são tanto nacionais quanto estrangeiras. Os populistas que contrapõem “o povo”

personalidade e de habilidade política entre Chávez e Maduro. Se Chávez não tivesse morrido prematuramente, a Venezuela poderia – ou não – ter seguido um caminho diferente.

17 Podemos adotar a *hashtag* “#Davos” como símbolo desse grupo.

a essas elites podem ser etnocêntricos. As elites nacionais podem ser descritas como não sendo verdadeiramente do povo – talvez, como nos populismos latino-americanos, por serem descendentes de invasores estrangeiros, ou talvez, como nos populismos antisemitas, por serem judeus ou fortemente influenciados por judeus. Tendo colocado as elites neoliberais como não sendo parte “do povo”, por terem laços transnacionais, esses populistas consideram, talvez com algumas exceções, que os imigrantes também não pertencem ao povo. Pode-se compreender isso como uma afinidade eletiva. Certamente, muitos líderes políticos populistas consideram útil para o sucesso político agrupar os imigrantes com “as elites” que controlam a economia. Este parece ser o caminho geral seguido pelos populistas de direita.

Os populistas de esquerda também contrapõem as elites neoliberais ao “povo”. Para eles, no entanto, as filiações nacionais ou transnacionais dessas elites não são intrínsecas ao seu papel de causar problemas domésticos. De fato, em alguma medida, há líderes populistas de esquerda que tratam expressamente essas elites como predominantemente *não* domésticas, focando, por exemplo, no papel das instituições financeiras internacionais – “a Troika” em alguns cenários europeus – em causar problemas internos¹⁸. No relato da esquerda, a comunidade de imigrantes pode ser descrita como ortogonal às principais preocupações do populismo. Às vezes os populistas de esquerda simplesmente ignoram os imigrantes, às vezes os tratam como vítimas do projeto neoliberal fracassado e às vezes tratam esses imigrantes como parte do “outro”. O ponto central, porém, é que tratar os imigrantes como “o outro” é algo episódico para o populismo de esquerda, tanto que nem se pode dizer que é uma questão de afinidade eletiva. Na medida em que dividem o mundo em o “povo” favorecido e o “outro” desfavorecido, os populismos de esquerda tendem a definir tais categorias com base em classe econômica, não com base na nacionalidade.

As diferenças entre populismos de direita e de esquerda são perceptíveis em políticas públicas com implicações constitucionais. Os populistas de esquerda costumam apoiar restrições à transferência de capital para fora de suas nações, e o fazem, por exemplo, rejeitando

18 Ao focar nessas instituições, porém, esses líderes podem deliberada ou inadvertidamente tirar vantagem das imagens antisemitas tradicionais de que judeus são banqueiros malvados.

programas de austeridade e adotando orçamentos com déficits que só podem ser financiados por capital nacional. Essas restrições podem ir de encontro às proteções que as constituições clássicas dão à propriedade privada. E, como observado, alcançar uma redistribuição significativa da riqueza no mercado interno pode exigir restrições à atividade política da elite – como restrições ao financiamento de partidos políticos e de organizações da sociedade civil por parte das elites. Por fim, o etnonacionalismo dos populismos de direita esbarra nas garantias de igualdade entre os cidadãos, mesmo que o constitucionalismo liberal permita um tratamento substancialmente pior aos imigrantes, se comparado com o dado aos cidadãos.

F. CONCLUSÃO

A atenção à dimensão substantiva da política populista pode gerar algumas reflexões sobre se a política populista irá perdurar. A título de exemplo, pode ser que o etnonacionalismo associado a políticas populistas de direita seja mais – ou menos – suscetível a ser institucionalizado se comparado com o socialismo internacionalista ideal, associado a políticas populistas de esquerda. Seja qual for a resposta, o melhor parece ser manter em mente ambas as dimensões do populismo – como um modo de ação e como um veículo para políticas substantivas – quando falamos sobre o populismo contemporâneo.

DIREITOS POLÍTICOS, LIBERDADE DE CULTO E ABUSO DO PODER RELIGIOSO: JULGADOS RECENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

POLITICAL RIGHTS, FREEDOM OF WORSHIP AND ABUSE OF RELIGIOUS POWER: RECENT JUDGMENTS OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT

Sérgio Silveira Banhos¹

Resumo: A controvérsia sobre a possível tipificação e punição de uma modalidade de abuso de poder de autoridade religiosa representa episódio cada vez mais visível em democracias modernas, em relação ao qual a Justiça Eleitoral tem sido instada a reservar sua detida atenção, dada a repercussão no processo eletivo pela intrincada relação entre política e religião. Em virtude da recorrência de tais casos, bem como de tantos outros da sociedade civil organizada, o julgador deve estar bastante atento, com base no sistema normativo vigente, para coibir, com rigor, interferências desmedidas que comprometam a liberdade de seus fiéis e a igualdade de chances dos candidatos na disputa eletiva.

Palavras-Chave: Abuso do poder religioso. Qualificação. Abuso de poder. Jurisprudência. Tribunal Superior Eleitoral.

1 Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Subprocurador-Geral do Distrito Federal. Advogado. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

- É imprescindível fazer um agradecimento especial ao Dr. Eilson Teotônio Almeida e ao Dr. Edmilson Rufino de Lima Juniors, dedicados assessores, pelo essencial auxílio na pesquisa que deu suporte à confecção do presente artigo.

Abstract: The controversy over the possible typification and punishment of a type of abuse of power of religious authority represents an increasingly visible episode in modern democracies, in relation to which the Electoral Justice has been urged to reserve its close attention, given the repercussions in the elective process for the intricate relationship between politics and religion.

Due to the recurrence of such cases, as well as so many others from organized civil society, the judge must be very attentive, based on the current normative system, to strictly restrain excessive interferences that compromise the freedom of faith and equality of candidates' chances in the elective dispute.

Keywords: Abuse of religious power. Qualification. Abuse of power. Jurisprudence. Superior Electoral Court.

1. NOTA DE INTRODUÇÃO

A controvérsia sobre a possível tipificação e punição de uma modalidade de abuso de poder de autoridade religiosa representa episódio cada vez mais visível em democracias modernas, em relação ao qual a Justiça Eleitoral tem sido instada a reservar sua detida atenção, dada a repercussão no processo eletivo pela intrincada relação entre política e religião.

A questão posta é se, malgrado a inviolabilidade de expressão e de crença, o eventual comportamento excessivo de líderes religiosos, ocupantes do poder de prestígio e crédito que deles emana em relação aos fiéis, pode ser enquadrado como abuso de poder de autoridade, passível de cassação de mandatários beneficiados e mesmo de declaração de inelegibilidade dos responsáveis, sem tolher a legítima possibilidade de orientação ou influência no processo de escolha de fiéis em prol de determinados atores do processo eleitoral, a exemplo do que ocorre em outros segmentos sociais.

2. OS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE CULTO

Os direitos políticos, também conhecidos como direitos de participação, são prerrogativas e deveres ínsitos ao cidadão que possibilitam a influência, direta ou indireta, na organização e no funcionamento do Estado, bem como no molde da vontade estatal.

Tal conjunto de direitos é essencial nos estados contemporâneos, como método de solução de conflitos sem uso da violência², e é inerente ao ser humano, conforme consta do artigo 21, I, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, *in verbis*: “Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

² Bobbio, ao tentar sintetizar o conceito de democracia, escreveu: “É a forma de governo na qual valem normas gerais, chamadas leis fundamentais, que permitem aos membros de uma sociedade, mesmo que sejam numerosos, resolver os conflitos que inevitavelmente nascem entre grupos que defendem valores e interesses diferentes, sem necessidade de recorrer à violência” (BOBBIO, 2003, p. 240).

Disposição similar consta da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo art. 23 estipula que:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere especial atenção aos direitos políticos, seja pela adoção do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), plasmado pelo princípio da soberania popular, seja pela descrição pormenorizada dos instrumentos de exercício da cidadania (arts. 14 a 16). Essa incorporação do modelo democrático é comentada por José Afonso da Silva (2005, p. 36):

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência da pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da integração participativa no processo de poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade de outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.

Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições. Se é certo que a promoção dos direitos sociais encontra notáveis limites no plano das disponibilidades financeiras, menos verdade não há de ser que, inclusive em épocas de recessão econômica, o princípio da igualdade continua sendo imperativo constitucional que obriga a repartir também os efeitos negativos de todo período de crise.

Assim, pode-se afirmar que, no Estado brasileiro, todos os cidadãos têm direito à participação nos negócios estatais, exercendo tal prerrogativa por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, além de outros instrumentos previstos em lei, tais como o plebiscito, o referendo e a participação como jurado.

A doutrina especializada classifica os direitos políticos em: i) positivos, que correspondem ao direito de votar e ser votado; e ii) negativos, identificados com restrições definitivas e temporárias. Quanto a estes, aponta-se, nos termos do art. 15 da Constituição da República, que apenas o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado é causa autêntica de perda dos direitos políticos³.

Mas não é só. A participação efetiva do cidadão na ambiência democrática pressupõe não apenas o exercício direto dos direitos políticos, mas também a influência na vida política do Estado por instrumentos outros, a exemplo da livre manifestação do pensamento, sobretudo da liberdade de crítica aos exercentes do poder.

No dizer de Dworkin, “a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos” (2006, p. 324).

Como bem esclareceu o Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento da MC-ADPF 548:

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das majorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou opositoristas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente sejam válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático.

3 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. Ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 9.

Como se vê, o desenvolvimento de um regime democrático demanda não apenas a garantia de aspectos formais de sufrágio e acesso a mandatos, mas também requer que não haja empecilhos à circulação das mais variadas ideias, ainda que críticas ao próprio sistema. Por isso, a regra nas democracias é a convivência harmônica de ideias plurais, desde que seja respeitado o parâmetro da dignidade humana e da preservação da própria democracia.

É nesse contexto de fluxo privilegiado de ideias que deve ser posicionado o debate sobre a participação na política de indivíduos ligados a certos cultos.

Afinal, se, por um lado, o Brasil é um estado laico, não ligado a nenhum culto, por outro, não há nenhum óbice constitucional à participação de membros de ordens religiosas no governo ou na vida pública. Ao contrário, considerando o paradigma constitucional da liberdade de associação (art. 5º, XVII) e de culto (art. 5º, VI), é natural que os mais diversos grupos religiosos tentem inserir no debate público as questões políticas, sociais, morais e econômicas que lhes são caras.

Como tenho me manifestado, por mais truista que seja a constatação, tanto líderes religiosos quanto os fiéis, cidadãos que são, têm o direito de expressar as ideias segundo as suas respectivas visões de mundo e de agir de acordo com elas, buscando licitamente espaço nas esferas de poder.

Esse movimento chega a ser natural, tendo em vista que igrejas e outras ordens confessionais não raro prestam assistência espiritual e material a pessoas não atendidas pelo Estado. Nesse sentido, o acesso a cargos públicos por representantes desses cultos auxilia no direcionamento de esforços estatais para a solução desses interesses.

Sobre esse tema, destaco trecho do voto proferido pelo Ministro Henrique Neves da Silva, por ocasião do julgamento do RO 2653-08, ocorrido em 7.3.2017, *in verbis*:

Por outro lado, as religiões, como fenômenos sociais, cuidam basicamente do conforto espiritual de seus seguidores. As palavras ou orações que buscam tal conforto e servem para alimentar o sistema de fé, quando proferidas nos respectivos cultos ou reuniões por seus padres, sacerdotes, clérigos, pastores, ministros religiosos, presbíteros,

episcopos, abades, vigários, reverendos, bispos, pontífices ou qualquer outra pessoa que as represente, como já apontado acima, estão protegidas pela garantia constitucional da liberdade da manifestação do pensamento e da crença.

Neste aspecto, a liberdade de expressão religiosa não pode ser tolhida mediante a seleção prévia de quais assuntos poderiam ou não ser objeto de comentário pelo representante da igreja, impondo-lhe um inconstitucional mutismo em relação ao livre debate de temas políticos.

Em outras palavras, não há como impor às igrejas o silêncio diante de temas relevantes da sociedade, que ocupam as mentes e preocupações diárias dos seus seguidores. Não é estranho, nesse sentido, que os representantes de diversas igrejas abordem, em seus sermões ou discursos, temas políticos relevantes que afligem a comunidade.

A possibilidade de assim proceder atende ao próprio princípio democrático que pressupõe a existência do livre debate de ideias, a partir do maior número possível de fontes de informação.

Portanto, é absolutamente lícito e constitucionalmente assegurado que os sacerdotes e pregadores enfrentem em seus discursos, nas suas homílias, sermões, preleções ou reflexões os temas políticos que afligem a sociedade e possam, livremente, adotar posições sobre os problemas da sociedade, expondo suas opiniões e seus conselhos a respeito do tema.

Por outro lado, nada impede que os candidatos e partidos políticos abracem a defesa de causas religiosas.

Observe-se, nesse sentido, que a própria nomenclatura e os estatutos dos partidos políticos, em muitos casos, fazem expressa referência e se submetem aos ensinamentos cristãos, e os valores religiosos são comumente empolgados nas propagandas eleitorais e na apresentação do candidato aos eleitores.

Todas essas premissas não significam que a liberdade de culto, como instrumento de participação religiosos, possa ser exercida de forma absoluta. Há limites expressos, tais como o da laicidade do Estado (art. 19, I, da Constituição Federal), imanentes, a exemplo do princípio da convivência harmônica das liberdades públicas, e indiretos, quando o exercício da liberdade de culto no contexto político conflita com outros bens de estrato constitucional, como a tutela de eleições livres, hípidas e livres da influência do abuso de poder, inclusive de ordem econômica.

Essa tensão será objeto do próximo tópico.

3. O ABUSO DE PODER E A INFLUÊNCIA DO PODER DE IGREJAS E CULTOS

O texto constitucional, alinhado com as mais importantes democracias, protege a manifestação popular da interferência de esferas de poder nas eleições. Porém, não é de qualquer influência, pois o exercício do poder é natural nas interações sociais, notadamente aquelas que se desenvolvem ao redor do Estado.

Como bem observa Pedro Henrique Távora Niess (1996, p. 24), a Constituição “não condena a influência do poder econômico no pleito eleitoral. O exercício do poder é lícito, tanto que é regulado. É a má influência, a excessiva intervenção do poder econômico que deve ser coibida: recusa-se a sua influência na normalidade e na legitimidade das eleições”.

Essa compreensão é corroborada pelos §§ 9º e 10 do art. 14 da Constituição da República, segundo os quais as eleições devem ser resguardadas de candidatos ou condutas que afetem a moralidade, a normalidade e a legitimidade das eleições, tais como o abuso do poder econômico, o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, a corrupção ou a fraude.

Afora tais situações, que devem ser interpretadas restritivamente, o uso da influência é lícito e tolerado, uma vez que, em última análise, o processo eleitoral é um processo de convencimento, seja das próprias correntes políticas em torno de projetos e interesses comuns, seja em relação aos eleitores não inseridos no cotidiano da política.

Nesse contexto, afigura-se igualmente lícita a interferência moderada no processo eleitoral por igrejas, ordens religiosas de qualquer culto, por seus líderes e até por fiéis. Em princípio, até mesmo o engajamento dos indivíduos em campanhas eleitorais não pode ser considerado *per se* como interdito pela ordem jurídica.

A questão que se põe, neste e em outros cenários, é a de identificar quando a influência do poder passa de tolerada para inaceitável.

Sobre o tema, Alvim (2019), após citar o escólio de Emerson Garcia, expõe que:

A prática abusiva pode provir, em primeiro lugar, do exagero no uso de prerrogativas que, em medida razoável, são pelo direito permitidas (como o uso dosadamente ministrado do dinheiro ou o aproveitamento de visões algo condescendentes nos veículos da mídia) – quando, então, a teoria do abuso tem utilidade prática para o desvelo da antijuridicidade.

De outra banda, podem ainda partir de práticas que, mesmo em mota discreta, são abstratamente inadmitidas (como o abuso do poder político, ou a utilização de expedientes violentos ou coercitivos, como os empregados por milícias e organizações criminosas), ocasiões em que os atos se apresentam, desde logo, flagrantemente contrários ao direito, dispensando o apoio auxiliar de teorizações.

Certas condutas se enquadram perfeitamente na segunda categoria de ilícitos em si, os quais, em regra, revelam práticas abusivas, tais como o uso da máquina administrativa em favor de certa candidatura, o emprego de vultosos recursos no pleito eleitoral ou a captação de recursos de origem ilícita ou de fonte vedada.

Já outras somente podem ser verdadeiramente avaliadas de acordo com as particularidades da conduta, a fim de se perscrutar se o ato lícito foi praticado em abuso de direito, em simulação ou em desvio de finalidade. Essa compreensão aberta e fluida é preconizada por José Jairo Gomes, *in verbis* (2010, pp. 453-454):

[...] o conceito de abuso de poder é, em si, uno indivisível. Trata-se de conceito fluido, indeterminado, que, na realidade fenomênica, pode assumir contornos diversos. Tais variações concretas decorrem de sua indeterminação priori. Logo, em geral, somente as peculiaridades divisadas no caso concreto que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso. O conceito é elástico, flexível, podendo ser preenchido por fatos ou situações tão variados quanto os seguintes: uso nocivo distorcido de meios de comunicação social; propaganda eleitoral irregular; fornecimento de alimentos, medicamentos, materiais ou equipamentos agrícolas, utensílios de uso pessoal ou doméstico, material de construção; oferta de tratamento de saúde; contratação de pessoal em período vedado; percepção de recursos de fonte proibida.

A partir dessa premissa, da amplitude e da indeterminação do conceito de abuso, ganha relevo a discussão de se condutas praticadas por integrantes de ordens religiosas, que não tenham conteúdo econômico ou não reflitam o exercício do poder estatal, podem ser enquadradas como ilícitos eleitorais autônomos. Esse debate será mais bem explorado no tópico seguinte, no exame dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral a respeito do tema.

Antes disso, porém, há dois outros aspectos que precisam ser abordados para a qualificação do debate.

Em primeiro lugar, a circunstância de ser vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal instituir impostos de templos de qualquer culto (art. 150, VI, *b*), imunidade tributária que, por um lado, promove a diversidade religiosa, mas que, por outro, acarreta a transferência indireta de recursos públicos, por meio de espécie de renúncia fiscal.

Em outros termos, a capacidade financeira de quaisquer cultos conta, em certa medida, com o suporte de financiamento público, do que se infere que, em última análise, toda ação de conteúdo econômico de uma ordem religiosa em favor de uma candidatura é uma forma de apropriação de recursos públicos para fim privado não previsto em lei.

Essa situação se revela ainda mais grave quando contextualizada com o segundo ponto, a saber: a legislação infraconstitucional estabelece várias restrições à participação das ordens religiosas no processo eleitoral. As igrejas não podem doar para partidos políticos ou candidatos, nos termos do art. 31, II, da Lei 9.096/95 e do art. 24, VIII, da Lei 9.504/97, proibição que se estende a recursos estimáveis em dinheiro. As igrejas não podem promover, ou deixar que se promova, propaganda eleitoral em seus domínios, *ex vi* do art. 37, § 4º, da Lei 9.504/97.

Por isso, independentemente da discussão do abuso do poder religioso como conduta autônoma, é preciso ponderar que a licitude *prima facie* do ato de apoio de determinado culto a uma candidatura não exclui a avaliação concreta de se tal proceder caracteriza desvio indireto de recursos públicos, uso de recursos vedados e propaganda eleitoral, atos ilícitos *per se* e que, a depender da respectiva gravidade, podem ensejar abuso do poder econômico sem maiores dificuldades.

Feito esse registro, analise-se em seguida a jurisprudência atual sobre a matéria, notadamente a do TSE.

4. A COMPREENSÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL SOBRE O FENÔMENO DO ABUSO DE PODER COM CONOTAÇÃO RELIGIOSA

É inequívoca a controvérsia acerca de um dos temas mais debatidos no âmbito do Direito Eleitoral sancionatório contemporâneo, qual seja, a configuração do abuso de poder cognominado religioso, o qual tem sido trazido ao escrutínio da Justiça Eleitoral, com acentuada polêmica, porquanto, ainda que o país ostente seu fundamento de Estado laico, se afigura este ainda pujantemente de formação cristã e dotado de inúmeros traços interconfessionais.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já sufragou que “a relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado” e que a interpretação da Constituição Federal mantém a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrando que “a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quais-

quer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439, red. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJE de 21.6.2018).

Assim e com o avanço de nosso modelo democrático vivenciado, após mais de 30 anos de advento da Constituição Cidadã, o próprio sistema político-eleitoral também experimenta sua evolução e desafios, ante a materialização de novas formas de abuso, a conspurcar eventualmente contra os bens tutelados pela legislação eleitoral, notadamente a lisura e a legitimidade dos pleitos, submetidas ao exame da Justiça Eleitoral por meio de seus diversos órgãos (os Juízes Eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e sua instância máxima, o Tribunal Superior Eleitoral).

Diante de tal cenário, pode-se afirmar que, somente mais ao fim da primeira década dos anos 2000, tal fenômeno se tornou frequente no contencioso dos certames eleitorais, provavelmente também devido à expressiva mudança do perfil espiritual do País, notadamente complexo em suas preferências pelos cidadãos, a ensejar o profícuo debate quanto ao enquadramento, por parte da Justiça Eleitoral, de fatos dessa natureza na tipificação do art. 22 da Lei Complementar 64/90 e reputado o potencial reflexo deles no processo de formação da vontade do eleitorado.

Nessa linha, sobretudo após 2010, o Tribunal Superior Eleitoral tem se deparado mais frequentemente com recursos em ações de investigação judicial eleitoral, envolvendo imputação de uso desmedido do poder religioso.

Um dos primeiros casos concretos examinados pelo TSE foi o Recurso Ordinário 2653-08, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 7.3.2017, cujo fato *sub judice* dizia respeito à realização de um grande evento na cidade de Rolim de Moura/RO em 18.9.2010, ou seja, no curso do período eleitoral das Eleições gerais daquele ano, o qual teve transmissão pela internet e contou com a participação de um líder nacional de igreja neopetenconstal, cantores, além da presença de candidatos a senador, governador, deputados estadual e federal e expressiva participação de fiéis.

No primeiro precedente sobre o tema – RO 2653-08 –, assentou-se que “nem a Constituição da República nem a legislação eleitoral contemplam expressamente a figura do abuso do poder religioso” e

que “a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º”. Na ocasião o colegiado ressaltou, contudo, que “a liberdade religiosa não constitui direito absoluto. Não há direito absoluto. A liberdade de pregar a religião, essencialmente relacionada com a manifestação da fé e da crença, não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação”.

Em síntese, a mais alta Corte Eleitoral inaugurou a compreensão de que o abuso de poder não seria punível em razão de sua circunscrição religiosa, refutando a admissão, por construção jurisprudencial, de uma figura novel e autônoma de abuso de poder. Todavia, afirmou que, “ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada”.

Tal conclusão fundou-se na ótica de que o art. 24 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) veda, expressamente, em seu inciso VIII, que entidades religiosas, além de outras, doem dinheiro ou bem estimável em prol de campanhas. Ademais, o art. 37, § 4º, do mesmo diploma obsta a realização de propaganda eleitoral em bens de uso comum da população, cuja regra enunciativa tem caráter amplo e expresso a se referir a “cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, **templos**, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada” (grifo nosso).

Por outro lado, sabe-se que entidades religiosas são beneficiárias de inúmeras benesses do Estado para seu funcionamento, além do que, no sistema de financiamento de campanhas vigente, estão igualmente proibidas – ainda que de forma indireta e mesmo em relação a bens apenas estimáveis – de doar a candidatos, partidos e coligações, a partir do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650.

Tais aspectos permitem, portanto, a partir da constatação expressiva de circunstâncias violadoras dessas regras eleitorais, e a se extrair, ainda, a gravidade das circunstâncias do caso concreto, que o fato apurado, envolvendo entes religiosos, possa se enquadrar na prática abusiva de natureza econômica, punível na forma do referido art. 22 da Lei Complementar 64/90.

Note-se, contudo e nesse acórdão primevo, que se refutou a pretensão de enquadramento do fato como abuso de poder de autoridade, mantendo-se uma exegese clássica de que tal espécie de prática abusiva de cunho político somente se refere àquela praticada no exercício de cargos públicos (agentes públicos ou políticos), nos estritos termos do § 9º do art. 14 da Carta Magna, não englobando, pois, nenhuma espécie de autoridades vinculadas a grupos sociais organizados.

Outro feito em que se debateu o abuso do poder religioso no TSE foi o Recurso Ordinário 5370-03, de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJE de 27.9.2018, caso alusivo a pleito geral de 2014, em que se imputou a configuração do abuso de poder em evento religioso sucedido em Belo Horizonte/MG em menos de 24 horas antes da eleição, o qual foi amplamente utilizado para impulsionar candidaturas de candidatos a deputado estadual e federal, tendo sido confirmada a cassação dos parlamentares em virtude da conduta imputada e do manifesto desvio com reflexos eleitorais.

Embora o TSE tenha mantido sua orientação anterior de que tais hipóteses se enquadravam como abuso do poder econômico, a Ministra Rosa Weber lançou *obter dictum* e sustentou que “a utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos - personagens centrais carismáticos que exercem fascinação e imprimem confiança em seus seguidores -, a tutelar a escolha política dos fiéis, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial, não se coaduna com a própria laicidade que informa o Estado Brasileiro”.

Na espécie, a nobre integrante do STF defendeu que o conceito do abuso de poder “de autoridade” pode abarcar sim, sob uma ótica teleológica, também os líderes religiosos, com vistas a “revigorar a eficácia da norma e acompanhar a dinâmica da vida”.

Nada obstante, repise-se que a indigitada tese não implicou mudança do entendimento jurisprudencial vigente, já que o caso, por si só e diante da magnitude do culto a céu aberto realizado, foi reputado como prática abusiva de contornos econômicos, expressamente vedada pela lei eleitoral.

Já no pleito municipal de 2016, o TSE, em julgado bastante recente (Recurso Especial 82-85, DJE de 6.10.2020), oriundo de Luziânia/GO, o Ministro Edson Fachin propôs o acolhimento de tese prospectiva, a partir do pleito municipal de 2020, no sentido de que o abuso do poder religioso pudesse ser enquadrado como abuso de autoridade, sem se exigir, para imposição das reprimendas de cassação e de inelegibilidade a que se refere à Lei de Inelegibilidades, o uso de aparato expressivo das igrejas com vista somente à configuração do abuso do poder como econômico.

No citado julgamento, o ínclito relator afirmou que “a falta de remissão específica ao poder religioso não enseja uma absoluta liberdade para o seu exercício, notadamente porque o direito eleitoral positivo, em seu conjunto sancionatório, proíbe – por meio de regra expressa – a manifestação abusiva da autoridade, e – por meio do quadro principiológico – o cerceamento da autodeterminação da vontade política e a depressão da igualdade de condições entre os postulantes”.

Em que pese tal compreensão, a tese do abuso do poder religioso como categoria autônoma foi vencida, sintetizando a ementa do julgado do TSE:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. VEREADORA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. REUNIÃO REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DE UMA IGREJA. PEDIDO DE APOIO POLÍTICO. CABIMENTO DE AIJE EM FACE DE ABUSO DE PODER DE AUTORIDADE RELIGIOSA, INDEPENDENTEMENTE DA PRESENÇA DE ABUSO DE PODER POLÍTICO OU ECONÔMICO. ENQUADRAMENTO DA AUTORIDADE RELIGIOSA DENTRO DO CONCEITO GERAL DE AUTORIDADE PREVISTO NO ART. 22, CAPUT, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64 DE 1990. IMPOSSIBILIDADE. PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE TESE REJEITADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Existentes outros mecanismos aptos a sancionar condutas irregulares eventualmente perpetradas por instituições e líderes eclesiais no decurso das campanhas eleitorais, resulta inviável a compreensão do abuso de poder de autoridade religiosa como categoria ilícita autônoma, designadamente em face da inexistência de alusão expressa no

- marco regulatório da ação de investigação judicial eleitoral.
2. A prática do abuso de poder de autoridade religiosa, conquanto não disciplinada legalmente, pode ser sancionada quando as circunstâncias do caso concreto permitam o enquadramento da conduta em alguma das formas positivadas de abuso, seja do poder político, econômico ou dos meios de comunicação social.
 3. Na espécie, não se verifica a presença de comportamento revelador de abuso de poder, tendo em consideração a brevidade, o alcance limitado, o caráter disperso e a ausência de elementos constritivos no teor do discurso endereçado.
 4. Recurso especial provido. Agravo interno prejudicado.

Registro que acompanhei a visão externada pela maioria do TSE, “segundo a concepção normativa atual do abuso do poder, que a Justiça Eleitoral não pode avançar para coibir estratégias ou condutas adotadas por líderes eclesiais, em face do processo de formação da preferência de seus seguidores em relação a atores do processo eleitoral, ressalvando, contudo, que o uso de templos, adjacências, bem como a realização de eventos e de propaganda podem configurar ilícitos puníveis, a ensejar, de igual modo, as mesmas consequências gravosas de cassação de mandato e declaração de inelegibilidade dos responsáveis”.

Porém, oportunamente ressalvei que “as congregações religiosas devem ter cristalino que o processo eleitoral não pode sofrer interferências desmedidas que comprometam a liberdade de seus fiéis e a igualdade de chances dos candidatos na disputa eletiva, ou seja, é descabido o propósito religioso totalmente desvirtuado em prol de finalidades eleitoreiras, mediante utilização de artifícios que configurem ordens e autêntica chantagem do sentimento transcendental”.

5. CONCLUSÃO

É inequívoco que igrejas e vertentes religiosas devem buscar abster-se de vincular sua missão espiritual com estreitamento desmedido do debate-político eleitoral, ensejando o reprovável tolhimento da liberdade de seus fiéis, mediante discurso de conteúdo moral e aprisionador, devendo, ao revés, manter o sistema de fé com uma desejada

separação, com o escopo de não comprometer substancialmente o processo de escolha de seus integrantes.

Todavia e conforme jurisprudência colacionada, não se afigura possível amoldar o abuso de poder denominado religioso à modalidade alusiva ao abuso de poder de autoridade, descabendo a Justiça Eleitoral avançar para coibir certas práticas religiosas norteadas por discursos litúrgicos exacerbados, cabendo, sim, a devida punição segundo os tipos normativos vigentes, sobretudo o abuso do poder econômico e o uso ou a utilização indevida de veículos e meios de comunicação social, nos estritos termos do art. 22 da LC 64/90.

Em virtude da recorrência de tais casos, bem como de tantos outros da sociedade civil organizada, o julgador deve estar bastante atento, com base no sistema normativo vigente, para coibir, com rigor, interferências desmedidas que comprometam a liberdade de seus fiéis e a igualdade de chances dos candidatos na disputa eletiva.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Os problemas da guerra e as vias da paz**. Trad.: Álvaro Lorencini, São Paulo: UNESP, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes: 2006, p. 324.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- NISS, Pedro Henrique Távora. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Bauru: Edipro, 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

USO DE EVIDÊNCIAS NO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE ABORTO: O CONCEITO DE DIREITO À VIDA NOS AMICI CURIAE DA ADPF 442¹

USE OF EVIDENCE IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL
DEBATE ON ABORTION: THE CONCEPT OF RIGHT TO
LIFE IN AMICI CURIAE OF ADPF 442

*Amanda Luize Nunes*²

Resumo: Em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética, apresentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 ao Supremo Tribunal Federal, pedindo a descriminalização do aborto até as primeiras 12 semanas de gestação. Proposta em um cenário no qual a corte demonstrou, em outras três decisões – na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, na ADPF 54 e no Habeas Corpus 124.306 – compromisso com as evidências científicas, a ADPF 442 carrega consigo a expectativa de que seja solucionada de forma consistente com evidências. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho foi analisar as disputas interpretativas em torno do direito à vida nos *amici curiae* favoráveis e contrários à ADPF 442, a partir da avaliação do uso de evidências apresentadas como suporte aos argumentos. A pesquisa conduziu às seguintes principais conclusões: enquanto os *amici curiae* favoráveis apresentam evidências sobre o impacto da criminalização do aborto para a vida das mulheres e sobre a segurança do procedimento quando realizado de forma legal e segura, os *amici curiae* contrários se apropriam de constatações biológicas sobre o desenvolvimento da vida intrauterina para defender que a vida deve ser protegida de forma absoluta desde a concepção.

Palavras-chave: aborto; mobilização legal; supremo tribunal federal; direito à vida.

1 Este artigo é resultado de pesquisa realizada para Trabalho de Conclusão de Curso exigido como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

2 Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília e Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética.

ABSTRACT: In March 2017, the Brazilian political party Socialismo e Liberdade (PSOL), filed the Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF) 442 to the Brazilian constitutional court (Supremo Tribunal Federal), calling for the decriminalization of abortion in the first trimester. Considering the court has already demonstrated commitment to the scientific evidence presented in three other cases related to sexual and reproductive rights – Direct Action of Unconstitutionality (Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI) 3510, ADPF 54 and Habeas Corpus 124.306 – , the filing of ADPF 442 also carries the expectation to be resolved consistently with evidence. In this context, the objective of the present study was to analyze the interpretative disputes around the right to life in *amici curiae* briefs favorable and against the ruling of ADPF 442, based on the evaluation of the use of evidence presented to support their arguments. The research led to the following main conclusions: while the *amici curiae* in favor of the demand provide evidence about the impact of abortion criminalization on women’s lives and about the safety of the procedure when performed legally and safely, the *amici curiae* against the demand mobilize biological findings about the development of intrauterine life to argue that life should be protected from conception.

Keywords: abortion; legal mobilization; Brazilian constitutional court; right to life.

Submissão: 12/04/2020

Aceite: 27/06/2020

INTRODUÇÃO

Os debates mais recentes sobre o direito ao aborto, como o debate realizado no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, revelam uma disputa interpretativa em torno da proteção constitucional conferida pelo direito à vida. Grupos favoráveis à descriminalização do aborto³ – objetivo da referida ação, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o suporte técnico da Anis - Instituto de Bioética – argumentam que a efetivação do direito à vida não pode ignorar a vida das milhares de mulheres que todos os anos morrem ou sofrem complicações decorrentes de abortos clandestinos e inseguros (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017). Enquanto isso, grupos contrários ao aborto como um direito das mulheres levantam a bandeira de “defesa da vida” centrada na vida em potencial do feto, desprezando os impactos da criminalização para a vida da pessoa humana mulher (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2017).

Histórias como a de Ingriane Barbosa Carvalho, mulher negra, pobre, jovem, religiosa, trabalhadora e mãe de três filhos, são apontadas como emblemáticas por grupos feministas para refletirmos sobre o lugar das mulheres na proteção conferida pelo direito à vida. Como o aborto é crime no Brasil, Ingriane, que aguardava na fila do Sistema Único de Saúde (SUS) para a realização de laqueadura, recorreu a uma forma perigosa de aborto clandestino: introduziu um talo de mamona em seu útero, que resultou em uma internação de sete dias, até o seu falecimento no dia 16 de maio de 2018 por infecção generalizada (GUIMARÃES, 2018). A morte precoce de Ingriane era completamente evitável, mas o mesmo Estado que demorou para assegurar o acesso de Ingriane a métodos contraceptivos modernos, seguros e adequados às suas necessidades, não permitiu que ela fosse acolhida pelos serviços de saúde para a realização de um procedimento seguro de proteção à vida das mulheres.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) (2013), o aborto é um procedimento seguro, com risco de morte quase insigni-

3 O aborto voluntário é criminalizado pelos Artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro (1940): Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos; Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

ficante, quando realizado por profissionais de saúde capacitados, com técnicas médicas e fármacos adequados e em condições de higiene. O aborto é um fenômeno que faz parte da vida reprodutiva das mulheres, já tendo sido realizado no Brasil por uma em cada cinco aos 40 anos, que recorreram ao procedimento por motivos variados, como falta de condições socioeconômicas, falha de métodos contraceptivos – que em nenhuma hipótese são cem por cento eficazes –, ausência de desejo de ser mãe naquele momento ou em qualquer outro momento da vida (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017; TRUSSEL, 2011). Dessa forma, a criminalização não impede que as mulheres abortem, mas apenas as conduz a procedimentos inseguros na ilegalidade.

Em 2015, 250 mil mulheres como Ingriane foram internadas no SUS por complicações de abortos inseguros (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2015). Dados do Ministério da Saúde indicam que, naquele ano, 211 mulheres morreram e 3.888 quase morreram por aborto (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). Assim como Ingriane, elas eram mulheres comuns: mães, religiosas e, na maioria dos casos, pobres, negras ou indígenas. Se o aborto fosse legal no Brasil, elas poderiam não ter sofrido complicações, como sinalizam dados de outros países que descriminalizaram o procedimento. No Uruguai, após a descriminalização em 2012, observou-se uma queda da mortalidade materna, bem como do número de abortos, e de acordo com dados da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e da OMS, o país tem a segunda menor taxa de mortalidade materna (14 a cada 100.000 nascidos vivos) na região das Américas, atrás apenas do Canadá (11 a cada 100.000) (BRIOZZO, 2016; BRIOZZO et al., 2016). Nos Estados Unidos, em que a descriminalização data 1973, a taxa de mortalidade materna é de 0,7 para cada 100.000 abortos legais (BARTLETT, 2004)⁴.

Aquele havia sido o segundo aborto de Ingriane. Se isso é verdade, ela poderia ter sido acolhida, cuidada e aconselhada quando da primeira

4 Para mais exemplos, ver os casos da Romênia e da África do Sul em: HORGA, Mihai; GERDTS, Caitlin; POTTS, Malcolm. The remarkable story of Romanian women's struggle to manage their fertility. *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 2013. Disponível em: <<https://srh.bmj.com/content/familyplanning/39/1/2.full.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2019; e JEWKES, Rachel et al. The impact of age on the epidemiology of incomplete abortions in South Africa after legislative change. *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 2005. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15713153>>. Acesso em 01 nov. 2019.

interrupção da gestação, de modo a evitar que se submetesse ao procedimento por uma segunda vez (ANTUNES; FERNANDES, 2018). De modo diferente ao de Ingriane, Rebeca Mendes, estudante e também mãe de duas crianças pequenas, teve a oportunidade de realizar o procedimento de maneira legal e segura na Colômbia, em que o aborto é permitido em caso de risco à saúde mental, e não apenas física, tendo saído do serviço de saúde com suas necessidades em contracepção satisfeitas (PASSARINHO, 2017). No entanto, Ingriane percorreu, do início ao fim, todo o itinerário cruel que é resultado da criminalização do aborto no Brasil.

Assim como em outros países com forte influência do catolicismo, a descriminalização do aborto em nosso país esbarra em atores religiosos e conservadores que ocupam os espaços públicos de deliberação e alegam que o aborto seria um atentado contra a vida humana, pois entendem que esta existe desde o momento da concepção. Trata-se de uma concepção que atribui à vida humana um caráter transcendente, que deve ser protegido a qualquer custo (LUNA, 2013). Como aponta Naara Luna (2013), esta é uma ideia judaico-cristão que concebe a vida como um dom divino que estaria dissociado de qualquer processo físico ou biológico – embora, conforme demonstram Maria José Rosado-Nunes (2006), Luc Boltanski (2012) e Lia Zanotta Machado (2017), o tratamento histórico do feto pelos discursos religiosos revele rupturas em relação à ideia, que se tenta fazer crer, de continuidade no tempo do discurso moral e religioso de defesa incondicional da vida em potencial.

Todavia, cada vez mais os atores contrários ao direito ao aborto têm adotado discursos com aparência de laicidade e cientificidade (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2017). Esse movimento foi observado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, proposta em 2005, e na ADPF 54, de 2004. Na ADI 3510, que pedia a declaração de inconstitucionalidade da pesquisa e do tratamento com células-tronco embrionárias, autorizados pela Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), o principal argumento levantado por grupos religiosos e conservadores era o de que a identidade genética do embrião o tornaria uma vida humana, que deve ser protegida em caráter absoluto (MACHADO; COOK, 2018). Na ADPF 54, em que se pleiteava a “antecipação terapêutica do parto” de feto anencefálico, repetia-se o argumento da identidade genética, ao lado da alegação de que o diagnóstico intrauterino

de anencefalia era impossível, razão pela qual defendia-se que o aborto poderia ser uma forma de eugenia (LUNA, 2013).

Contra o argumento apresentado na ADI 3510, os grupos favoráveis às pesquisas com células-tronco embrionárias trouxeram evidências que apontavam para a existência de vários marcos para o início da vida humana, que não a fecundação, e que sustentavam a tese de “remédio ou lixo”. Essa tese consistia na defesa de que células-tronco embrionárias podem curar pessoas e, como a Lei de Biossegurança autoriza apenas a pesquisa e tratamento com embriões inviáveis, ou congelados há mais de três anos (os quais muito provavelmente também serão descartados⁵), o direito à saúde ampararia o seu uso para curar pessoas, no lugar de desperdiçá-los. Na ADPF 54, o bloco favorável ao aborto de feto anencefálico apresentou evidências de que a anencefalia é uma malformação incompatível com a vida e, mesmo quando a gestação chega a termo, o bebê nasce morto ou não sobrevive mais do que 24 horas (LUNA, 2013). A incorporação das evidências apresentadas por estes atores nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade tanto da pesquisa e tratamentos com células-tronco embrionárias, quanto do aborto de feto anencefálico, indica que tais evidências foram consistentes para a Corte.

Com essa realidade em vista, a pesquisa que deu origem ao presente artigo analisou as evidências e elementos de suporte mobilizados nas 48 petições de *amicus curiae* (35 favoráveis e 13 contrárias à ação) apresentadas entre março de 2017 e novembro de 2019 na ADPF 442, período que abrange a data de protocolo da ação e o encerramento da coleta das petições analisadas. O objetivo foi compreender como o direito à vida está sendo interpretado na ADPF 442, a partir da investigação de quais são as evidências utilizadas e em que medida elas se apresentam como confiáveis ou refletem concepções religiosas que constroem o feto como pessoa. A pesquisa foi de caráter qualitativo e passou pelas seguintes etapas: revisão bibliográfica de artigos científicos e livros sobre o debate legislativo e constitucional sobre aborto, morbimortalidade materna associada ao aborto clandestino e inseguro, laicização do discurso religioso no debate sobre o tema e reflexos do fundamentalismo na esfera pública.

5 Como aponta Luna (2013), os especialistas presentes na audiência da ADI 3510 argumentavam que embriões congelados por muito tempo vão perdendo sua viabilidade e raramente os cônjuges os resgatam, seja por terem se divorciado e não permitirem que o embrião seja gerado em outra família, ou por falecimento ou doenças graves.

O uso de evidências e elementos de suporte aos argumentos foi analisado com base nos seguintes quesitos de coleta de dados: organização que apresentou o pedido, argumentos, evidências e elementos de suporte aos argumentos apresentados, e classificação desses dados.

No primeiro tópico deste artigo, é feita uma breve revisão de bibliografia que nos permite compreender a origem e as fissuras do discurso religioso e conservador de proteção incondicional da vida em potencial. No segundo tópico, analisa-se como esse discurso se desloca, anunciando-se como laico e científico, do Legislativo ao Judiciário brasileiro, com foco nas disputas interpretativas do direito à vida entre grupos pró e anti-escolha das mulheres, mediante uma análise crítica e centrada no uso de evidências. No terceiro e último tópico, os resultados da pesquisa são explorados em quatro principais eixos identificados: 1) Início e proteção da vida humana; 2) Morbimortalidade materna por aborto; 3) Laicidade do Estado e 4) Aborto e eugenia.

No eixo “Início e proteção da vida humana” estão os argumentos, pró e anti-escolha, que disputam o marco inicial da vida humana, o alcance da proteção constitucional conferida pelo direito à vida e a (in)adequação da criminalização do aborto ao princípio da proporcionalidade. Já no eixo “Morbimortalidade materna por aborto”, estão os argumentos que discutem os impactos da criminalização sobre as taxas de morbimortalidade materna e a (in)segurança do procedimento de aborto. Dentro deste eixo, organizações pró-escolha sustentam que o aborto legal é um procedimento seguro, sendo a clandestinidade responsável por torná-lo perigoso. Por sua vez, organizações anti-escolha alegam que o aborto seria um procedimento inerentemente inseguro, independentemente de ser crime ou não, ou ainda que os impactos para a morbimortalidade materna seriam inexpressivos ou não importariam para a solução da demanda. No eixo “Laicidade do Estado e aborto” está o argumento anti-escolha que afirma que a descriminalização violaria o valor religioso da vida, bem como o argumento pró-escolha que defende que a religião não pode pautar a lei. Por fim, no eixo “Aborto e eugenia” estão os argumentos pró-escolha e anti-escolha que trazem a discussão sobre a possibilidade de ser eugênico um ato individual de interromper a gestação.

I. A ORIGEM DO DISCURSO DE DEFESA INCONDICIONAL DA VIDA DESDE A CONCEPÇÃO

Não é possível falar em um consenso entre as religiões sobre o momento em que se inicia a vida humana, tampouco de uma continuidade no tempo do discurso moral e religioso que defende que há vida desde a concepção. O reconhecimento religioso de que a partir de tal momento o feto já seria uma pessoa data o século XIX, momento em que Papa e teólogos passaram a acolher a teoria da “hominização, ou pessoalização, imediata”, segundo a qual o surgimento da vida humana coincide com a concepção, devendo o aborto ser condenado (ROSADO-NUNES, 2006). Este pensamento – do aborto como um pecado – reflete-se nos debates atuais sobre o tema, em que o marco inicial da vida humana é um dos maiores pontos de tensão. Tal controvérsia é impulsionada por grupos que se apresentam como “pró-vida” do feto, os quais defendem, precisamente, que o marco inicial da vida humana é a concepção.

De acordo com Miguel, Biroli e Mariano (2017), este bloco é fortemente influenciado por valores religiosos católicos e, mais recentemente, pentecostais e neopentecostais, apesar de nem todos os indivíduos que o compõem estarem diretamente ligados a uma denominação religiosa. No entanto, estudiosas de teologia, como Rosado-Nunes (2006) e Luna (2013), demonstram que, na história do tratamento do feto pela religião, nem sempre lhe foi atribuído o estatuto de pessoa humana. Nem mesmo atualmente há consenso entre as denominações religiosas sobre o marco inicial da vida humana. Na tradição judaica clássica, por exemplo, o aborto é permitido nos estágios iniciais da gravidez (STF, 2017).

Nos primeiros séculos do cristianismo, o aborto nada tinha a ver com a defesa incondicional da vida. Dizia-se que o abortamento era uma revelação de adultério, o qual era punido com maior severidade do que o homicídio, dada a centralidade da preocupação religiosa com a preservação do casamento monogâmico. O princípio da vida, que supostamente é defendido de maneira absoluta pela Igreja Católica, era relativizado em tantos outros casos, como a santificação de membros que “entregavam a vida pela fé” ou a justificação, feita pelo

novo Catecismo da Doutrina Católica, do sacrifício da vida humana na “guerra justa”. Tomás de Aquino, um dos teólogos mais proeminentes do cristianismo, entendia que o aborto no começo da gestação não é uma prática criminosa, pois nesse estágio o feto não está completamente formado e não é pessoa. Para ele, a alma, que seria elemento caracterizador da vida, somente é implantada 80 dias após a concepção. (ROSADO-NUNES, 2006)

Rosado-Nunes (2006) explica que a adoção da teoria da “hominização, ou pessoalização, imediata” coincide com o momento de intensificação do culto à Virgem Maria como mulher submissa, pura, virgem e mãe – única criatura humana concebida sem pecado. No entanto, as controvérsias dentro da Igreja Católica voltaram a predominar a partir do século XX, com a publicação da encíclica *Humanae Vitae*, que condenava o aborto e, até mesmo, a contracepção. O principal motor do retorno dessas controvérsias é o pensamento católico que dá centralidade ao recurso à própria consciência, dando abertura, assim, para que as mulheres católicas possam optar pela interrupção da gestação. A partir desses dados históricos, a estudiosa conclui que o pensamento religioso sobre o aborto sempre foi, e ainda é marcado pelo dissenso, chamando a atenção para que, mesmo quando a condenação do aborto predominava na Igreja Católica, nem sempre o motivo era a defesa da vida humana, e sim a do casamento monogâmico.

Apesar dessas fissuras, a concepção do aborto como um pecado continua refletindo-se nas legislações, mesmo nas que tiveram origem nos séculos XVIII e XIX, período em que se iniciou o processo de secularização das sociedades modernas. Até 1960, o aborto era proibido pela maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. Conforme Machado (2017) e Montero (2012), a secularização não representa, necessariamente, um afastamento da influência do Direito Canônico, cujas categorias continuam a circular no espaço público brasileiro, sobretudo pela colaboração da Igreja na formação de lideranças populares e movimentos sociais de base no pós-ditadura militar, na formulação dos direitos individuais, coletivos, culturais e de minorias étnicas e nas áreas sociais do Estado. A diferença é que, com o crescimento da importância do secularismo, os religiosos passaram a conformar seus interesses às exigências da cultura pública (MONTERO, 2012). Nes-

se processo, como nos mostra Montero (2012), intensifica-se a luta da Igreja Católica para defender sua influência na esfera civil, transformando-se em uma verdadeira força política. A garantia da liberdade religiosa pela Constituição brasileira de 1988, por exemplo, é fruto em grande parte desse movimento.

Nesse sentido, é importante problematizar a ideia, enraizada nas ciências sociais, de que a separação entre a esfera religiosa e a esfera pública é autoevidente, uma vez que ela acaba conduzindo à desconsideração de que “o catolicismo ainda mantém [...] a primazia simbólica e política na passagem dos valores para as normas” (MONTERO, 2020, p. 172). Machado (2017) aponta como importante exemplo de intersecção entre o pensamento religioso e o pensamento social a ideia de “defesa da honra”, inscrita no Código Criminal do Império de 1830, que era uma hipótese de atenuação das penas do aborto praticado por terceiro e do infanticídio. A defesa da honra está relacionada, precisamente, às disciplinas religiosas que condenam a sexualidade incompatível com o casamento religioso heterossexual e monogâmico (MACHADO, 2017). O Código Criminal do Império proibia apenas o aborto realizado por terceiros, mas, em seguida, o autoaborto foi condenado pelo Código Penal de 1890, que manteve a possibilidade de atenuação da pena, ou absolvição, do aborto realizado para a “defesa da honra” da mulher ou resultado de uma “loucura puerperal” (MACHADO, 2017).

Portanto, de acordo com os estudos sobre o tratamento do feto pelas religiões e diante da impossibilidade de a ciência fornecer resposta à pergunta sobre o marco inicial da vida humana (KOTTOW, 2005), a defesa da criminalização do aborto com base na ideia de que haveria vida humana desde a concepção apresenta um conteúdo fundamentalista. Isso porque pretende impor uma visão moral particular – que sequer encontra consenso entre as próprias religiões – a todas as cidadãs e cidadãos de uma sociedade laica, em que mulheres devem ter a liberdade de pautar suas condutas com base em sua própria consciência, em especial quando estas condutas dizem respeito a seus corpos e projetos de vida. O preceito da dignidade da pessoa humana impõe que as mulheres, assim como todas as pessoas, sejam tratadas como fins em si mesmas, e não como meios de concretizar interesses alheios.

II. O DEBATE SOBRE O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: DO LEGISLATIVO AO JUDICIÁRIO

II.1. Aborto e direito à vida no debate parlamentar

No âmbito do debate parlamentar, constata-se – no marco da Constituição de 1988 – a presença de parlamentares “pró-vida” do feto desde a Assembleia Nacional Constituinte, realizada entre 1987 e 1988, na qual conduziram uma intensa campanha, ligada à Igreja Católica, pela inclusão do direito à vida desde a concepção na Constituição. Com a ofensiva, o movimento feminista se viu impossibilitado de alcançar a inclusão do direito ao aborto no texto constitucional, apostando na defesa de uma via alternativa: não incluir o direito ao aborto e tampouco o direito à vida desde a concepção na Constituição, deixando esta discussão para um momento posterior. A proposta, apresentada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), prevaleceu e a matéria não foi tratada no texto constitucional. Desse momento até o final da década de 90, quando a ofensiva religiosa contra o aborto foi intensificada, o movimento feminista manteve uma articulação com parlamentares no intuito de descriminalizar o aborto, bem como implementar serviços de aborto legal na rede pública de saúde (FANTI, 2016).

Até meados da década de 1980, a demanda pelo direito ao aborto era enquadrada principalmente como uma questão de autonomia individual da mulher e direito ao próprio corpo. Quando os grupos feministas passaram a enquadrar o aborto como um problema de saúde pública, os poderes Executivo, até final da década de 90, Legislativo e, mais recentemente, Judiciário, tornaram-se mais receptivos ao debate sobre o tema. Nas duas legislaturas da década de 90, das 23 propostas legislativas sobre o aborto, a maioria propunha a sua ampliação e/ou descriminalização completa. A mudança de enquadramento coincide com o período em que foi realizada a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, realizada em 1994, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, de 1995, realizada no âmbito da Organização das Nações Unidas. Na Conferência de Cairo, o aborto foi reconhecido como um problema grave de saúde pública. Na Conferência de Pequim, por sua vez, o conceito de direitos repro-

ditivos foi consolidado e acompanhado da recomendação de que os Estados-membro revissem suas leis restritivas de aborto (FANTI, 2016; ROCHA, 2009; ONU, 1994, 1995).

A intensificação da ofensiva religiosa, que terminou por bloquear o debate sobre o aborto no Congresso Nacional, teve como marco as visitas papais de 1997 e 2007, nas quais a condenação do aborto foi destacada, e a escolha do “direito à vida” como tema da Campanha da Fraternidade de 2008 (BIROLI, MARIANO, MIGUEL, 2017). A partir disso, o aborto tornou-se uma pauta importante de campanhas, debates, audiências públicas e projetos de lei para atrair o eleitorado conservador e religioso. Projetos que propunham a ampliação da legislação do aborto, a descriminalização do procedimento ou sua oferta na rede pública de saúde, alguns dos quais tiveram uma longa tramitação na década de 90, foram perdendo espaço no debate parlamentar. Nesse contexto, a atuação conservadora se fortaleceu com a formação de frentes parlamentares de posição “pró-vida” do feto, como a Frente Parlamentar Evangélica (2003) e a Frente Parlamentar Mista contra o Aborto (2005) (MARIANO, 2005). Estão registradas, atualmente, a Frente Parlamentar Mista contra o Aborto e em Defesa da Vida, a Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família, a Frente Parlamentar Evangélica e a Frente Parlamentar Mista Apostólica Romana.

Dos cinco projetos de lei sobre o aborto que tramitavam na Câmara dos Deputados em 2015, apenas um, o Projeto de Lei 20/1991 (atualmente arquivado), era favorável à ampliação do direito ao aborto (MIGUEL; BIROLI; MARIANO, 2017). Atualmente tramitam diversos projetos que propõem retrocessos na legislação, como a Proposta de Emenda Constitucional 181/2015, que pretende incluir a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção no Art. 5º da Constituição; o PL 4703/1998, que visa inserir o aborto no rol de crimes hediondos; o PL 478/2007, conhecido como *Estatuto do Nascituro*, que cria uma normativa própria para a proteção do “nascituro” (sic) desde a concepção, na qual inclui-se o embrião fertilizado *in vitro*; e o PL 5069/2013, que tipifica como crime o anúncio de meio abortivo, bem como a orientação ou prestação de auxílio para que mulheres pratiquem o aborto, “ainda que sob o pretexto de redução de danos”⁶.

6 Informações extraídas do site da Câmara dos Deputados. Ver em: <https://www.camara.leg.br/>,

Dos 566 discursos contrários ao aborto proferidos entre 1991 e 2014 na Câmara dos Deputados, a maioria (74%) apresentava o argumento de inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, muitos dos quais mobilizavam a ciência como um elemento de legitimidade, havendo casos em que discursos jurídicos e/ou científicos e discursos explicitamente religiosos se sobrepunham (MARIANO, 2015)⁷. Enquanto isso, os discursos favoráveis ao aborto tentavam visibilizar o impacto da criminalização para a vida das mulheres e/ou a ausência de consenso sobre quando se inicia a vida. Conforme afirma Mariano (2015, p. 182), “o argumento da saúde pública é um argumento colocado pelo movimento feminista com o objetivo de chamar a atenção para o fato de que não é só a vida do feto que deve ser balizada na questão do aborto”. Dentre os elementos científicos mobilizados, estavam as taxas de morbimortalidade materna provocadas pelo aborto clandestino e inseguro.

Ciente dos esforços de grupos contrários para atribuir uma aparência de cientificidade aos seus discursos, Machado (2017) indica a manipulação que grupos contrários ao direito ao aborto fazem das evidências científicas, como, por exemplo, a confusão entre identidade genética e alma individual, seguindo a concepção ocidental de indivíduo como “corpo e alma”. Ao lado dessa narrativa, estão as explicitamente religiosas, que defendem a legitimidade da maioria cristã da sociedade brasileira para condenar o aborto e a submissão da mulher-esposa à “obrigação do amor sagrado materno”. A antropóloga destaca que as principais Frentes Parlamentares que atuam na ofensiva ao direito ao aborto apresentam-se, expressamente, como defensoras da Bíblia, da vida e da família tradicional, a despeito dos princípios da laicidade que deveriam nortear a prática parlamentar (MACHADO, 2017).

Esse movimento – em que atores com vinculações e compromissos religiosos mascaram seus discursos contrários ao direito ao aborto através de uma linguagem científica – desloca-se para os debates sobre o tema no Poder Judiciário. Como será descrito em seguida,

7 O seguinte trecho de discurso proferido por Luiz Bassuma (PT/BA), em 2007, é um exemplo concreto: “muitos anos se passaram e, graças a Deus, a Embriologia e a Genética, em seus avanços inquestionáveis, acaba com essa dúvida – se alguém ainda a tem. A vida começa quando o espermatozoide fecunda o óvulo” (MARIANO, 2015, p. 153).

argumentos explicitamente religiosos são menos frequentes no âmbito do debate constitucional, dando lugar a discursos pretensamente científicos e jurídicos, os quais apontam para uma tentativa dos grupos religiosos de fazerem com que seus discursos ganhem um maior reconhecimento na esfera pública.

II.II. Aborto e direito à vida no debate constitucional

Para compreender parte do debate constitucional sobre o direito ao aborto, é necessário revisitar a ADI 3510, em que se discutiu a possibilidade de pesquisa e tratamento com células-tronco embrionárias. Nesse julgamento, o STF pronunciou-se pela primeira vez sobre a abrangência da proteção constitucional conferida pelo direito à vida. A ADI 3510 foi proposta apenas após a ADPF 54, que pedia a “antecipação terapêutica do parto” de feto anencefálico, mas foi julgada primeiro, impactando sobre a ação acadêmica e política da ADPF 54. A ADI 3510 foi proposta por Cláudio Fonteles, então Procurador-Geral da República, sob a alegação de que a pesquisa e o tratamento com células-tronco embrionárias violariam uma suposta vida humana do embrião, que estaria ligada ao fato de que este possui uma identidade genética que permitiria seu desenvolvimento “autônomo” (LEAL; MAAS, 2010; LUNA, 2013).

Participaram da audiência pública da ADI 3510 um total de 22 especialistas, metade favorável e metade contrária à constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias. O bloco contrário, seguindo o argumento do PGR, situava as mulheres como apenas um “habitat” e “fonte de alimento” para o embrião “autônomo”, argumentando ainda que a pesquisa com células-tronco adultas apresentaria melhores resultados, sem que fosse violada a suposta vida humana do embrião, pois o controle da pluripotencialidade de uma célula embrionária é dificultoso. Dos 11 participantes contrários ao dispositivo da Lei de Biossegurança, apenas 4 dos 9 especialistas que possuíam currículo Lattes tinham bolsa produtividade em pesquisa e, em termos de produção e conhecimento, este grupo era pouco representativo da comunidade científica. Se, por um lado, a religião quase não foi mencionada explicitamente na

audiência, muitos destes especialistas possuía vínculos com a Igreja Católica. Apesar disso, o bloco contrário também defendia a cientificidade de seus argumentos. (LUNA, 2013)

O bloco favorável à pesquisa com células-tronco embrionárias defendia que há marcos variados na ciência, na cultura e na religião para o início da vida humana, e que a utilização de material embrionário em vias de descarte é amparada pelo direito à saúde e à livre expressão científica. Todos os especialistas do bloco favorável eram nomes de destaque e possuíam vasta produção de bastante credibilidade na comunidade científica, sendo professores universitários, ativos ou aposentados, e integrantes de associações de pesquisa. Com exceção de Debora Diniz, antropóloga da área da bioética, todos estavam envolvidos na área de pesquisa com células-tronco (LUNA, 2013).

Diante do suposto conflito entre a pesquisa e tratamento com células-tronco embrionárias e o direito constitucional à vida, em 2008 o STF decidiu, por 6 a 5 votos, pela improcedência da ADI 3510, reconhecendo como constitucional o Art. 5º da Lei de Biossegurança. A Corte entendeu que a Constituição, quando fala de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais inclui-se o direito à vida, refere-se ao indivíduo pessoalizado, isto é, nascido com vida, sendo cada etapa do desenvolvimento gestacional protegida de forma diferenciada e proporcional. Para fundamentar que o embrião não é legal ou cientificamente uma pessoa humana, o STF citou a Lei de Transplante de Órgãos (Lei nº 9.434/97), que determina que o transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deve ser precedida de diagnóstico de morte cerebral, concluindo que, se é assim que a vida humana termina, é com a atividade cerebral que começa. Por não ter cérebro formado, o embrião não é uma vida humana. Por esse motivo, a decisão seria utilizada futuramente para fundamentar a compatibilidade da descriminalização do aborto com a jurisprudência da Corte.

Cerca de um ano após a propositura da ADI 3510 em 2005, a ADPF 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com o suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética. A ADPF 54 surge em um contexto de popularização de técnicas de diagnóstico, que permitem identificar a anencefalia de modo precoce, e de inúmeros pedidos de interrupção da gestação anencefálica nas

instâncias ordinárias (DINIZ, 2014). Um desses casos foi o de Gabriela Cordeiro dos Santos, impedida de interromper sua gestação anencefálica, que havia sido autorizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), por um *habeas corpus* impetrado por advogados religiosos de Goiás em favor do feto no Superior Tribunal de Justiça (STJ). A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida – e o STF reconheceria isso quando do julgamento da ADPF 54 – mas o STJ entendeu que, “enquanto ela durar”, a “vida” do feto anencefálico é digna de “acolhida, carinho e amor”, estando “graças à Deus, além da ciência” (DINIZ, 2014).

Contra o *habeas corpus* dos advogados católicos, Diniz, Fabiana Paranhos e Samantha Buglione redigiram o HC 84.025 em favor de Gabriela. O *habeas corpus* foi julgado procedente, mas já era tarde quando a decisão veio. Naquele momento, Gabriela já havia dado à luz e, como esperado, tinha em mãos um atestado de óbito do feto nascido prematuramente, que confirmava as evidências sobre a incompatibilidade da anencefalia com a vida. Assim, o caso foi arquivado após Diniz, que esteve em contato com Gabriela, ter apresentado o atestado de óbito ao STF, episódio que a antropóloga narra como um ato político de visibilidade da história de uma mulher concreta. O caso foi o suficiente para demonstrar que o tempo das cortes não acompanha o tempo da gravidez, *i.e.*, que levar mais casos concretos ao tribunal poderia ser, novamente, ineficaz (DINIZ, 2014). Somado ao fato de que, na época, estimava-se que o Brasil era o país com o maior número de gestações anencefálicas, era preciso um questionamento mais amplo, que chegou por meio da ADPF 54 (BARROSO, 2016; MACHADO; COOK, 2018).

Em 2004, a mídia noticiava que o aborto de feto anencefálico havia sido liberado pelo STF, mas o que deu origem à notícia foi apenas a concessão do pedido liminar da ADPF 54, que seria cassada no mesmo ano, após um julgamento marcado por tensões. Foi sugerida, então, a convocação de audiência pública, que só fora realizada quatro anos depois, demora atribuída à espera da Corte pela decisão final da ADI 3510, como relata Luna (2013). A audiência pública de 2008 contou com a participação de 27 expositores, 11 contrários e 16 favoráveis à ação. No bloco contrário, houve uma forte presença de grupos religiosos defensores da “família tradicional” e da existência da vida humana desde

o momento da concepção. Apesar disso, a maioria dizia estar falando em nome da ciência, defendendo o mesmo argumento apresentado pelo STJ no *habeas corpus* impetrado contra Gabriela: que a suposta vida humana do feto anencefálico, mesmo breve, deve ser protegida, pois possuiria uma dignidade intrínseca, sendo o aborto de feto anencefálico uma espécie de eugenia (MACHADO; COOK, 2018). Como exemplos destes grupos, estão a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a Associação Médico-Espírita do Brasil, a Associação Pró-Vida e Pró-Família, a Frente Parlamentar em Defesa da Vida, o Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida (Brasil Sem Aborto) e a Associação para o Desenvolvimento da Família (LUNA, 2013).

O bloco favorável à interrupção da gestação de feto anencefálico sustentava não apenas a incompatibilidade da anencefalia com a vida, como também os riscos da gestação de feto anencefálico para a saúde física e mental das mulheres e a necessidade de respeito ao princípio da laicidade do Estado (MACHADO; COOK, 2018). Este bloco foi composto por autoridades públicas, organizações não-governamentais, associações científicas e conselhos profissionais, bem como por duas organizações religiosas: o Católicas pelo Direito de Decidir e a Igreja Universal do Reino de Deus. Dentre as organizações, estavam a Anis – Instituto de Bioética, a Escola de Gente – Comunicação e Inclusão, a Rede Feminista de Saúde, a Conectas – Direitos Humanos e o Centro de Direitos Humanos, o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, a Sociedade Brasileira de Genética Médica e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (LUNA, 2013).

Por maioria de votos, em 2012 o STF decidiu que a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico é constitucional, apresentando uma ampla fundamentação que contemplou o reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres, nos quais foram incluídos os direitos sexuais e reprodutivos, além do caráter não absoluto, mas proporcional ao grau de desenvolvimento, da proteção conferida pelo direito constitucional à vida, tal como na ADI 3510. Quatro anos após essa decisão, surgiram duas novas ações que trouxeram de volta o debate à Corte: a ADI 5581, proposta em 2016 pela Associação Nacional dos Defensores Públicas, e a ADPF 442, proposta em 2017 pelo Par-

tido Socialismo e Liberdade. A ADI 5581 é uma resposta aos efeitos desproporcionais da epidemia do vírus *Zika* para as populações mais vulneráveis, que foram resultados da negligência do Estado no enfrentamento ao *Aedes aegypti* e na promoção da saúde sexual e reprodutiva de mulheres e meninas que tiveram filhos com a síndrome congênita do *Zika* (DINIZ, 2016).

Um dos pedidos da ADI 5581 é que mulheres e meninas infectadas pelo *Zika* possam interromper legalmente a gestação. Tudo indica que a controvérsia gerada por este pedido foi o suficiente para que o debate público ignorasse os diversos outros pedidos da ação⁸, que incluem a concessão do Benefício de Prestação Continuada⁹ a todas as crianças afetadas pelo vírus, a garantia do acesso à saúde especializada para todas elas, a promoção de políticas e campanhas educativas eficazes de informação sobre prevenção e riscos do vírus, a revisão dos protocolos de saúde já existentes e a garantia de acesso à informação em saúde sexual e reprodutiva e a métodos contraceptivos para mulheres e meninas (NUNES; BUZZI, 2019). Nesse contexto, a ação foi julgada prejudicada pelo STF em maio de 2020, em razão da publicação da Lei nº 13.985/2020, que institui uma pensão especial para crianças com a síndrome congênita do *Zika*. A nova norma, além de não afastar as inconstitucionalidades questionadas na ação no que se refere à proteção social, não possui nenhuma disposição que trate dos problemas estruturais que potencializaram a epidemia de *Zika* no Brasil (NUNES; ROSÁRIO, 2020).

Entre a propositura da ADI 5581 e da ADPF 442, o STF julgou o *habeas corpus* 124.306/RJ, que visava a concessão de liberdade provisória para dois indivíduos que haviam sido presos por manter uma clínica clandestina de aborto, proferindo decisão paradigmática no atual debate constitucional sobre o aborto. Em 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso autorizou a concessão da liberdade provisória, elencando como um de seus fundamentos a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, aferida pelo Ministro por meio do teste da proporcionalidade. Barroso entendeu que a crimina-

8 O BPC é um benefício assistencial no valor de 1 (um) salário mínimo concedido a pessoas com deficiência e pessoas idosas que não possuam meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

lização do aborto é inadequada, desnecessária e desproporcional para proteger o bem jurídico vida, pois não é capaz de evitar a ocorrência de abortos, não é o meio mais eficaz para proteger a vida em potencial e gera enormes custos sociais para o sistema de saúde, sobretudo para mulheres pobres e negras, que são as que mais recorrem a procedimentos clandestinos e inseguros com mais chances de complicações, enquanto mulheres privilegiadas socioeconomicamente podem pagar por procedimentos seguros.

A ADPF 442 cita como precedente para a descriminalização do aborto o *habeas corpus* 124.306/RJ, ao lado da ADI 3510 e da ADPF 54. De modo diferente da ADI 5581 e da ADPF 54, a ADPF 442 apresenta o pedido amplo de descriminalização do aborto, em qualquer caso, até a 12ª semana de gestação, baseando-se no teste de proporcionalidade tal como o *habeas corpus* 124.306/RJ. Proposta em um cenário no qual o STF demonstrou, em outras três decisões, compromisso com a ciência, a ADPF 442 carrega consigo a expectativa de que a corte solucione a controvérsia posta de maneira consistente com as evidências apresentadas. Diante disso, torna-se necessário entender o que tem sido mobilizado pelos atores desse debate como evidência e em que medida isso demonstra um esforço legítimo para a aceitação de seus argumentos.

III. USO DE EVIDÊNCIAS NA DISPUTA INTERPRETATIVA EM TORNO DO DIREITO À VIDA NA ADPF 442

A ADPF 442, que pede a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, insere-se no processo nomeado por Machado e Cook (2018) de “constitucionalização do aborto”. Nesse processo, tanto grupos favoráveis como grupos contrários ao direito ao aborto passam a adotar uma linguagem de valores constitucionais para defender seus respectivos posicionamentos. Conforme exposto nos tópicos anteriores, trata-se de um movimento que já vinha se desenhando nos debates sobre o aborto no Legislativo desde pelo menos o final de década de 90, e no Judiciário na ADPF 54, bem como na ADI 3510, em que mesmo grupos religiosos reivindicavam o *status* de cientificidade para seus discursos em defesa da proteção incondicional da vida desde a concep-

ção. Nessas ações, não obstante a ofensiva conservadora e religiosa em prol da proteção absoluta do direito à vida desde a concepção, o STF demonstrou compromisso com as evidências científicas apresentadas. Com esse pano de fundo, a pesquisa que deu origem ao presente artigo analisou como o direito à vida está sendo interpretado pelas organizações que atuam como *amicus curiae* na ADPF 442, a partir do uso de evidências e elementos de suporte aos argumentos apresentados nas petições. Foram analisadas um total de 48 petições de *amicus curiae*, 35 favoráveis e 13 contrárias à ADPF 442.

Dentre os *amici curiae* favoráveis à ADPF 442, estão organizações feministas, grupos de assistência/assessoria jurídica universitária, conselhos profissionais, organizações de direitos humanos, instituições do judiciário, organizações de classe, organizações que atuam com temáticas de saúde, centros acadêmicos de universidades, organizações de juristas, uma articulação de organizações latino-americanas, uma organização de antropólogas/os e uma organização religiosa. Organizações feministas, grupos de assistência/assessoria jurídica universitária, conselhos profissionais e organizações de direitos humanos representam mais da metade das organizações do bloco favorável. Dentre os *amici curiae* contrários à ação, por sua vez, estão organizações religiosas, organizações “pró-vida”, partidos políticos, um ente federativo, uma frente parlamentar, uma instituição judiciária e uma organização política. Mais da metade das organizações contrárias são religiosas e/ou “pró-vida”, não havendo nenhuma que seja especializada em temas pertinentes à ação, como aborto, saúde pública e direitos sexuais e reprodutivos.

De acordo com o exposto na Introdução do presente artigo, os argumentos identificados nas petições foram divididos em quatro eixos. No bloco de *amici curiae* favoráveis à ADPF 442, no eixo “Início e proteção da vida humana”, estão os seguintes argumentos: I. A proteção da vida em potencial não depende da criminalização do aborto (54%, presente em 19 petições); II. O direito à vida não é protegido desde a concepção (43%, 15); III. A proteção da vida em potencial não é o verdadeiro motivo da criminalização do aborto (14%, 5); e IV. Não há consenso sobre quando se inicia a vida humana (9%, 3). Nos *amici curiae* contrários, este eixo abrange: I. Abortar é matar uma pessoa (77%, 10); II. O direito à vida do feto deve sempre prevalecer (77%, 10); III. A vida é protegida desde a

concepção (69%, 9); IV. Há consenso científico sobre a existência da vida desde a concepção (62%, 8); V. A falta de consenso científico sobre quando se inicia a vida humana não impede a criminalização (15%, 2).

No eixo “Morbimortalidade materna por aborto”, estão contemplados os seguintes argumentos favoráveis à ação: I. A criminalização do aborto prejudica a vida das mulheres (69%, presente em 24 petições); II. As principais prejudicadas pela criminalização são as mulheres mais vulneráveis (51%, 18); III. O aborto é um procedimento que pode ser realizado de forma segura (23%, 8); IV. A descriminalização pode reduzir as taxas de morbimortalidade materna (17%, 6); V. A criminalização faz com que as taxas de morbimortalidade materna sejam subnotificadas (14%, 5); e 6) As hipóteses de aborto legal não são suficientes para proteger a vida das mulheres (14%, 5). Os argumentos contrários abrangidos por este eixo são: I. Os danos sofridos pelas mulheres não justificam a descriminalização do aborto (54%, 7); II. O aborto é um procedimento perigoso, independentemente da criminalização (38%, 5); III. A descriminalização aumentará as taxas de morbimortalidade materna (23%, 3); IV. As altas taxas de morbimortalidade materna não são causadas pela criminalização do aborto (23%, 3); V. As hipóteses de aborto legal já protegem as mulheres (8%, 1); e VI. Não é verdade que muitas mulheres morrem por aborto (8%,1).

No eixo “Laicidade do Estado” está o argumento favorável à ação de que: I. A criminalização do aborto viola o princípio da laicidade (31%, presente em 11 petições); e o argumento contrário de que: I. A descriminalização do aborto contraria o valor religioso da vida (15%, 2). O argumento favorável, apesar de não tratar especificamente do direito à vida, foi inserido na análise por tratar-se de uma resposta ao argumento contrário à ação que defende a possibilidade da incorporação de um valor religioso – a proteção incondicional da vida desde a concepção – pela legislação penal.

No último eixo, “Aborto e eugenia”, está o argumento contrário de que: I. A descriminalização do aborto é uma forma de eugenia (38%, presente em 5 petições).

Como elementos de suporte a esses argumentos, foram apresentados pelos *amici curiae*, além de evidências, elementos normativos e elementos de consenso ou confirmação. Os elementos normativos de

suporte aos argumentos abrangem: leis, tratados, jurisprudência, dispositivos constitucionais, doutrina jurídica e direito comparado. Como elementos de consenso ou confirmação, foram classificados os elementos utilizados no intuito de conferir maior força ou autoridade aos argumentos, contemplando: pareceres e opiniões de especialistas, recomendações internacionais pela descriminalização do aborto, histórias de mulheres que abortaram e imagens. Recomendações internacionais pela descriminalização do aborto, por suposto, apenas foram citadas pelos *amici curiae* favoráveis à ADPF 442, assim como imagens aparecem apenas em um *amicus*, o qual é contrário à ação.

As evidências apareceram em 80% (28) dos *amici curiae* favoráveis à ação e em 54% (7) dos contrários. Os elementos normativos, em 71% (25) dos favoráveis e 100% (13) dos contrários. Os elementos de consenso ou confirmação, em 49% (17) dos favoráveis e 69% (9) dos contrários. Assim, houve uma prevalência de elementos de evidência nas petições favoráveis à ação.

Na análise dos *amici curiae* contrários, foi constatado que, em geral, evidências científicas não estão diretamente ligadas à adequação, necessidade ou proporcionalidade da criminalização do aborto, mas a constatações da biologia sobre o desenvolvimento da vida intrauterina para a defesa de que há vida humana desde a concepção. Quando é o caso de dados relativos às taxas de morbimortalidade materna utilizados para sustentar o argumento de que “Não é verdade que muitas mulheres morrem por aborto”, os *amici curiae* contrários não ponderam a possibilidade de que esses dados estejam subnotificados em decorrência da criminalização. Do mesmo modo, as evidências utilizadas para amparar o argumento de que “O aborto é um procedimento perigoso, independentemente da criminalização” não são acompanhadas de considerações sobre os reflexos da clandestinidade e do estigma para a saúde física e mental das mulheres.

A despeito dessas observações, foram consideradas evidências do campo das ciências da vida dados sobre: morbimortalidade materna por aborto; complicações provocadas pelo aborto; segurança do procedimento de aborto; obstáculos provocados pela criminalização para o acesso ao aborto mesmo nas hipóteses legais; e desenvolvimento da vida intrauterina. Como evidências das ciências sociais, considerou-se

dados sobre: itinerários percorridos pelas mulheres que buscam um aborto; políticas de controle da sexualidade e da reprodução de mulheres; e políticas eugênicas.

Os *amici curiae* favoráveis que apresentaram evidências as retiraram de: I. Artigos de periódicos (49%, 17 dos *amici*); II. Documentos da Organização Mundial da Saúde (34%, 12); III. Bancos de dados e pesquisas do Ministério da Saúde brasileiro (26%, 9); IV. Relatórios e publicações de organizações da sociedade civil (17%, 6); V. Livros (17%, 6); VI. Mídia (14%, 5); e VII. Documentos governamentais de outros países (11%, 4). Por sua vez, os *amici curiae* contrários que apresentaram evidências tiveram como fontes: I. Livros (31%, 4 dos *amici*); II. Artigos de periódicos (23%, 3); III. Bancos de dados e pesquisas do Ministério da Saúde brasileiro (23%, 3); IV. Relatórios e publicações de organizações da sociedade civil (15%, 2); V. Mídia (15%, 2); VI. Documentos da Organização Mundial da Saúde (8%, 1); e VII. Dados de institutos de pesquisa estatística (8%, 1).

Nos tópicos seguintes, será explorada a relação entre os elementos de suporte e os argumentos apresentados pelos *amici curiae*.

III.I. Início e proteção da vida humana

A principal tese presente nos *amici curiae* contrários à ação consiste na defesa de que existe vida humana desde a concepção, a qual vem acompanhada de constatações da biologia sobre o desenvolvimento da vida intrauterina (a maioria extraída de livros e textos jurídicos) e, em um caso, de imagens de ultrassonografia fetal (STF, 2017). Essas constatações, no entanto, não são aptas a atestar a existência de vida desde a concepção, mesmo porque, como destaca Vera Kalsing (2002), não há consenso na ciência, na filosofia, na bioética, e nem mesmo na religião, acerca do marco inicial da vida humana. Assim, as evidências apresentadas pelos *amici curiae* contrários no intuito de sustentar a tese em questão são úteis apenas para descrever as fases de desenvolvimento embrionário.

Quanto ao recurso a imagens de ultrassom, são precisas as considerações feitas por Luna (2009), segundo as quais as técnicas de ultrassonografia, que começaram a ser aplicadas na segunda metade do século

XX, foram sendo apropriadas para autonomizar o feto como paciente, no lugar de serem vistas apenas em seu objetivo técnico de diagnóstico clínico do feto. Assim, a tecnologia visual da ultrassonografia fez com que o discurso religioso que defende que o feto possui uma alma que o caracteriza como pessoa fosse substituído por definições biológicas que o constroem como um agente individual separado do corpo da mulher (LUNA, 2009). O que traz o dilema do início da vida humana não são essas imagens, mas os contextos em que elas são visualizadas, que fornecem lentes através das quais as imagens serão interpretadas, como afirma Luna (2009) em referência à Lynn Morgan (2003).

Os *amici curiae* favoráveis raramente entram no mérito dessa tese. No entanto, um dos *amici* que opta por confrontá-la, aponta-a como um sintoma do fundamentalismo religioso (ver tópico III.III), que tenta estabelecer como verdade única a concepção como marco inicial da vida para afastar qualquer marco que permita que a mulher possa tomar a decisão livre de interromper a gestação, o que poderia colocar em jogo dogmas religiosos de subordinação das mulheres ao papel de mãe e esposa (STF, 2017). Outro *amicus* favorável, situando-se entre a ciência e a norma, cita a Lei de Transplante de Órgãos, também mencionada pelo Ministro Barroso no *habeas corpus* 124.306/RJ, para sustentar que, se a vida termina com a morte cerebral, ela se inicia com o começo da atividade cerebral.

Para além das constatações biológicas sobre o desenvolvimento da vida intrauterina, os *amici curiae* contrários apontam como suporte a sua tese elementos normativos que, supostamente, sustentariam a defesa incondicional da vida desde a concepção, como o Artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e, inclusive, a jurisprudência firmada na ADPF 54 e na ADI 3510 pelo STF (ver tópico II.II). A referência a essas decisões se dá por meio de trechos em que a Corte defende a proteção da vida em potencial, ocultando, no entanto, a ressalva de que essa proteção deve se dar de maneira proporcional à etapa de desenvolvimento biológico (STF, 2017). Assim como a jurisprudência do STF, o dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica é também citado de forma inadequada.

Os *amici curiae* contrários alegam que o Artigo 4.1 do Pacto de São José da Costa Rica protege o direito à vida desde a concepção. Toda-

via, a proteção não é absoluta. Segundo o dispositivo, o direito à vida é protegido “em geral, desde o momento da concepção”. A história do tratado revela que a cláusula “em geral” foi inserida para acomodar as legislações que permitem o aborto, tendo sido reconhecido pela Comissão e pela Corte Interamericana que a proteção conferida à vida pelo dispositivo não é absoluta, mas gradual e compatível com o grau de desenvolvimento do embrião, não podendo ser utilizada para negar direitos fundamentais às mulheres (CIDH, 2012).

Além do Pacto de São José da Costa Rica, os *amici curiae* contrários citam a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) como normas internacionais que amparam a proteção absoluta da vida desde a concepção. Em oposição, os *amici curiae* favoráveis elencam recomendações, proferidas pelos organismos que monitoram cada um desses tratados, de que o Brasil revise sua legislação restritiva de aborto como forma de proteger os direitos de meninas e mulheres à vida, à saúde integral e à cidadania, revelando a falha do argumento contrário (STF, 2017).

Para defender que a criminalização do aborto é desproporcional para a proteção da vida em potencial, os *amici curiae* favoráveis citam dados sobre a magnitude do aborto no Brasil, que comprovam a inadequação da medida; políticas de planejamento familiar (que incluem distribuição de contraceptivos e educação sexual), que demonstram que existem outros meios para evitar a realização de abortos; e dados sobre as complicações de abortos inseguros para a saúde e vida das mulheres, que demonstram os efeitos desproporcionais, em *stricto sensu*, da criminalização para os direitos das mulheres.

III.II. Morbimortalidade materna por aborto

Conforme exposto nos tópicos anteriores, grupos favoráveis à descriminalização do aborto têm tentando chamar a atenção para os impactos da criminalização para a saúde e vida das mulheres. Na ADPF 442, em oposição a essa tese, *amici curiae* contrários à ação apresentam

dados oficiais do governo brasileiro, como dados do DataSUS (em geral, retirados de fontes indiretas), de morbimortalidade materna por aborto, afirmando que são poucas as mulheres que morrem por aborto no Brasil. Dados oficiais relativos à morbimortalidade materna são mencionados também pelos *amici curiae* favoráveis à ação. Estes, de modo diferente, apresentam evidências de que a criminalização do aborto impede que seja extraído corretamente o cenário da prática no Brasil, fazendo com que haja subnotificação nos dados; bem como estudos científicos que estimam, com maior precisão, a magnitude e complicações de aborto, como a Pesquisa Nacional do Aborto, premiada pela OPAS, que utiliza a técnica de urna (STF, 2017).

Outros *amici* contrários afirmam que o aborto deve permanecer criminalizado porque seria um procedimento perigoso, ainda que legalizado, citando estudos longitudinais que associam o aborto a repercussões negativas sobre a saúde mental das mulheres, como adoção de comportamentos de risco e suicidas (STF, 2017). Estudos como esses, todavia, já foram refutados na literatura da saúde, mediante a identificação de que possuem diversos limites metodológicos, como pouco tempo de seguimentos dos grupos, perdas importantes de acompanhamento da população estudada e falta de informações sobre não-participantes. O relatório “Mental Health and Abortion”, da American Psychological Association (2019), por exemplo, aponta que estudos metodologicamente mais fortes, se preocupam com sentimentos de estigma, com a imposição de sigilo e com o baixo apoio recebido pela mulher na tomada da decisão de interromper a gestação.

Os *amici curiae* favoráveis apresentam evidências extraídas de artigos periódicos e documentos da OMS que atestam a segurança do procedimento de aborto feito em condições adequadas e por profissionais habilitados. A principal evidência citada é o guia “Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde”. Além dele, são citados estudos sobre os itinerários abortivos percorridos pelas mulheres que abortam na clandestinidade, que revelam, por exemplo, que a clandestinidade resulta em um mercado paralelo em que circulam medicamentos adulterados (que podem causar abortos incompletos ou outros danos de saúde), nos quais as mulheres estão mais sujeitas, ainda, a ameaça e assédio por parte dos mediadores que

forneçam os medicamentos clandestinamente. É destacado que, com o estigma provocado pela criminalização, as mulheres estão sujeitas a curetagens malconduzidas, maus-tratos, demora no atendimento e omissão de analgesias nos serviços de saúde quando se desconfia que abortaram (STF, 2017).

No intuito de reforçar a tese de que a criminalização pode reduzir as taxas de morbimortalidade materna, *amici curiae* favoráveis trazem evidências de redução no número de mortes por abortos em países que descriminalizaram o procedimento, como Portugal, França, Uruguai e África do Sul. Um dos *amici* ressalta que a redução dessas taxas depende da disponibilização gratuita do procedimento nos serviços públicos de saúde para que se garanta que mulheres de baixa renda não corram risco de vida por não poderem pagar por um procedimento legal e seguro. São trazidas evidências de que, no contexto da criminalização, são essas mulheres as que mais se submetem a abortos inseguros, pois, de modo diferente de mulheres socioeconomicamente favorecidas, elas não possuem condições financeiras para realizar o procedimento de forma menos insegura (STF, 2017).

Nos *amici curiae* contrários também está presente a tese de que as hipóteses atuais em que o aborto já é permitido seriam suficientes para proteger a vida das mulheres. Em contraposição a essa tese, estão as evidências apresentadas pelos *amici curiae* favoráveis que demonstram que o estigma provocado pela criminalização faz com que as mulheres enfrentem obstáculos para ter acesso ao aborto mesmo nas hipóteses legais, tais como falta de serviços de saúde que ofereçam o procedimento, exigência ilegal de boletim de ocorrência (em caso de estupro), questionamentos, julgamentos e culpabilizações por parte de profissionais da saúde, os quais atuam sob a ameaça da criminalização por imaginarem que aquele aborto possa ser considerado ilegal (STF, 2017).

III.III. Laicidade do Estado e aborto

Com relação a este eixo, os *amici curiae* contrários alegam que a descriminalização do aborto seria um desrespeito às religiões, sendo a criminalização legitimada pela maioria cristã da sociedade brasilei-

ra (STF, 2017)¹⁰. Dentre eles, há os que apontam a descriminalização como potencial violação do princípio da laicidade, ressaltando que um Estado laico é diferente de um Estado ateu. Não são citadas evidências como elementos de suporte ao argumento (mesmo porque trata-se de um argumento de caráter mais normativo), mas apenas elementos normativos e pareceres/opiniões, tais como posicionamentos de organizações e doutrinas religiosas acerca da descriminalização do aborto.

O princípio da laicidade, entretanto, impede que normas emanadas pelo Estado se pautem por valores religiosos. Esse preceito não autoriza a incorporação de valores religiosos pela legislação, mas sim impõe que o Estado seja neutro diante da multiplicidade de religiões – ainda daquelas majoritárias na sociedade (VALENTE, Gabriela, 2018). Como destaca *amicus curiae* favorável de organização religiosa, a postura de neutralidade diante de valores religiosos não implica que o Estado seja ateu, como supõem *amici* contrários, mas sim que garanta a pluralidade de crença e de consciência, sem adotar um ou outro posicionamento religioso. A petição faz, ainda, uma análise crítica de posicionamentos contrários ao aborto adotados por religiosos, definindo-os como “pseudo-religiosos”, uma vez que ignoram o sofrimento vivenciado pelas milhares de mulheres que recorrem a procedimentos clandestinos e inseguros (STF, 2017).

A defesa de uma verdade única é característica do fundamentalismo religioso, que consiste na tentativa de estabelecimento de uma identidade religiosa homogênea mediante o aniquilamento da diferença e do diálogo. Como afirmam Coelho e Jorge (2018), o fundamentalismo religioso é um fenômeno da modernidade manifestado pelo medo de que a expansão do secularismo, ao deslocar a religião do espaço público para o espaço privado, diminua o poder da religião e de suas doutrinas, práticas e formas de socialização. O estabelecimento de uma verdade única, surge, nesse contexto, como uma forma de preservar esse poder através do silenciamento, do “desdizer”, pois o questiona-

10 Alguns *amici* favoráveis citam uma pesquisa de opinião que faz uma pergunta diferente à população: se é contra ou a favor de que mulheres sejam presas por aborto. Na pesquisa, constatou-se que a maioria da população discorda que mulheres sejam presas por aborto. Ver em: CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR; IBOPE INTELIGÊNCIA. Percepções sobre aborto e educação sexual. São Paulo: [s.n.], 2015. Disponível em: <http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2017/10/Pesquisa-de-Opinião-Pública-2017-CDD-e-IBOPE-Percepções-sobre-aborto-e-educação-sexual_3-MB.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

mento do “ser-dizer” ameaça a verdade (ROCHA, Zeferino, 2014). Assim, o fundamentalismo religioso rechaça qualquer possibilidade de divergência, como aquelas que desafiam a crença tradicional ultraconservadora de controle da sexualidade e da reprodução feminina.

III.IV. Aborto e eugenia

A descriminalização do aborto é enquadrada como um ato de eugenia pelos *amici curiae* contrários, os quais alegam que a descriminalização incentivaria a seleção da vida humana com base em características hereditárias ou na inferioridade da vida em potencial (sic), mobilizando, para a defesa de sua tese, exemplos de políticas eugênicas, tais como as adotadas pelo regime nazista (STF, 2017). Trata-se de uma narrativa que esteve muito presente nos debates da ADPF 54, tendo sido afastada pela constatação de que a anencefalia jamais poderia resultar na existência de uma pessoa com deficiência, pois se trata de uma malformação incompatível com a vida.

Embora não haja dúvidas acerca da existência, ao longo da história, de políticas nazistas que cruelmente condenaram à morte determinados grupos de pessoa, a tese de que a interrupção voluntária da gestação pode ser eugênica parte de premissas equivocadas acerca do que seria eugenia. Em primeiro lugar, na ideologia nazista, a interrupção da gestação é instituída como um dever compulsório imposto pelo Estado, e não como um “exercício íntimo de ética privada”, para mulheres de populações consideradas indesejáveis, como judia, negra e cigana, por exemplo (DINIZ, [S.d.], 1998). Em segundo lugar, a proteção dos direitos das pessoas com deficiência se dá por meio de políticas sérias de inclusão social de adultos e crianças com singularidades, e não por meio da criminalização de uma decisão íntima, criminalização essa que apenas tem o potencial de produzir mais desigualdades sociais (DINIZ, [S.d.], 1998). Essas premissas foram reforçadas por *amici curiae* favoráveis a ação, através de evidências da existência de distintas razões, e não de uma razão única, pelas quais as mulheres podem realizar um aborto, que envolvem, por exemplo, falha de métodos contraceptivos e falta de condições socioeconômicas (STF, 2017).

Um dos *amicus curiae* favoráveis traz evidências das ciências sociais que são exemplificativas de como a eugenia está presente em políticas de controle da sexualidade e da reprodução de mulheres, tais como a criminalização do aborto, e não no direito de que possam decidir por razões íntimas das mais diversas. Essas evidências demonstram de que maneira, no Brasil escravista, a destituição do poder de controlar seus próprios corpos foi nociva para as mulheres negras, que eram obrigadas a levar adiante gestações fruto da violência sexual perpetrada pelos senhores de engenho, ou obrigadas a venderem seus filhos como se fossem *commodities*. No pós-escravidão, essa política consolidou-se na forma de esterilizações forçadas, cirurgias, hormônios, pressão social e coerção para que as mulheres negras não procriassem, no intuito de eliminar a população negra (STF, 2017). Assim, afirmar que a descriminalização do aborto é um ato de eugenia indica não apenas uma incompreensão das premissas de políticas eugênicas, como também um desconhecimento da história do controle da sexualidade e da reprodução das mulheres, que demonstra o potencial eugênico deste controle – em especial contra aquelas mais vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das 48 petições apresentadas na ADPF 442, verificou-se os mesmos focos argumentativos que estiveram presentes no Legislativo, desde a década de 90, e no Judiciário, na ADPF 54, em que grupos contrários à descriminalização do aborto insistem na defesa do direito à vida desde a concepção e grupos favoráveis, por sua vez, buscam chamar a atenção para os impactos da criminalização na vida das mulheres, enquadrando o aborto como um problema de saúde pública. Muito embora grande parte das organizações contrárias seja religiosa e/ou “pró-vida” do feto, observou-se nos *amici curiae* contrários uma tentativa de laicização dos argumentos, através da adoção de uma linguagem aparentemente laica e científica.

Para a defesa de sua principal tese, existência da vida humana desde a concepção, as organizações contrárias utilizaram como elementos de suporte aos seus argumentos constatações da biologia que, embora

sejam úteis para descrever fases do desenvolvimento embrionário, não comprovam cientificamente que há vida humana desde a concepção, consenso inexistente na ciência. Há, portanto um uso precário de evidências, bem como de elementos normativos de suporte aos argumentos, considerando a descontextualização que estes atores fazem de tratados e julgados do STF, que vão no sentido da descriminalização do aborto, para sustentar suas teses. Essas inconsistências são apontadas pelos *amici curiae* favoráveis.

Nota-se um aprofundamento da adoção, pelos *amici curiae* contrários, de uma linguagem com aparência de laica e científica. Em geral, ainda que possuam vinculações religiosas, estes alegam estarem falando não em nome da religião, mas do direito e da ciência, que atestariam que há vida digna de proteção absoluta desde a concepção. Os argumentos que apresentam deixam clara a presença do valor religioso da vida como algo que está além de processos biológicos: para eles, não há diferença entre a vida em potencial e a vida da pessoa humana, de modo que se justificariam restrições desproporcionais sobre direitos fundamentais das mulheres em nome de uma suposta proteção do feto – “suposta” uma vez que existem medidas mais eficazes para proteger a vida em potencial, as quais não incluem a criminalização do aborto. Educação sexual, distribuição de métodos contraceptivos eficazes, seguros e adequados às necessidades das mulheres e a eliminação do estigma do aborto como crime e pecado, reforçado pela criminalização, são alguns exemplos. Tal estigma afasta as mulheres dos serviços de saúde, evitando que médicas e médicos identifiquem onde a política de planejamento familiar falhou em evitar que tivessem de passar por um aborto.

A principal tese dos *amici* favoráveis – que a criminalização prejudica a vida das mulheres – é acompanhada de evidências sobre as taxas de morbimortalidade materna por aborto clandestino e sobre a segurança do procedimento de aborto legal. Os *amici curiae* contrários questionam essa tese citando dados oficiais de mortalidade por aborto e estudos que comprovariam a nocividade do aborto para a saúde física e mental das mulheres, ou alegando que as hipóteses legais de aborto são o suficiente para proteger as mulheres. Em oposição ao questionamento, há as evidências trazidas pelos *amici* favoráveis de que a criminalização causa subnotificação do número de abortos e de que os

estudos que supostamente comprovariam os riscos do aborto para as mulheres, mesmo quando realizado de forma segura, não consideram os impactos do estigma provocado pela criminalização. Além dessas evidências, são trazidos dados de outros países em que houve redução da morte materna após a descriminalização do procedimento. Em oposição à alegada suficiência das hipóteses legais de aborto, os *amici* favoráveis trazem evidências que revelam que a criminalização dificulta o acesso ao aborto legal.

A suposta preocupação de grupos anti-escolha com a vida das mulheres não é algo tradicional em seus discursos, aparentando ser uma resposta ao argumento favorável de que a criminalização do aborto viola o direito à vida das mulheres. A tese contrária não somente parte de um uso precário de evidências – que ignora o aborto realizado de forma insegura na clandestinidade e o estigma provocado pela criminalização como os verdadeiros fatores que causam riscos à vida das mulheres. Ela também reflete o estereótipo sexista de que mulheres são frágeis e devem ser “protegidas” – nesse caso, com a punição – de suas próprias escolhas. Ainda, de acordo com Biroli (2014, p. 42), o discurso de proteção das mulheres para justificar a oposição ao direito ao aborto pode ser entendido como uma manifestação do dispositivo materno, de acordo com o qual a individualidade da mulher “não se sustentaria como valor” sem a preservação de seu papel de mãe. Tal dispositivo pode ser identificado sobretudo na afirmação contrária de que os danos sofridos pelas mulheres no contexto da criminalização não justificam a descriminalização do aborto.

Os *amici curiae* contrários apresentam uma tentativa de disputar, ainda, o conceito de laicidade, alegando que, na medida em que a laicidade impõe o respeito às religiões, a criminalização seria legítima porquanto compatível com a opinião da maioria cristã da sociedade brasileira, embora, como defendido pelos *amici curiae* favoráveis, o princípio da laicidade imponha que o Estado seja neutro diante de posicionamentos religiosos. Trata-se, portanto, de uma argumentação contrária que não encontra base no próprio conteúdo normativo do princípio da laicidade, estando relacionada tão somente a uma tentativa fundamentalista de impor uma concepção moral particular a toda a sociedade.

Por fim, constatou-se um argumento contrário que força uma analogia entre a interrupção voluntária da gestação e políticas nazistas. Essa argumentação é antiga no debate sobre o aborto e revela uma incompreensão de premissas que caracterizam a eugenia, como a compulsoriedade e o desprezo por determinadas populações tidas como indesejáveis, que não se verificam no pedido da ADPF 442 de que mulheres possam decidir, por razões das mais diversas, interromper a gestação ou não, de modo a evitar a perpetuação de desigualdades entre homens e mulheres e entre mulheres socioeconomicamente favorecidas e mulheres negras e pobres.

Assim, verifica-se que o uso de evidências foi, notoriamente, mais consistente em *amici curiae* favoráveis do que em *amici* contrários ao direito ao aborto. Evidências têm se revelado fundamentais para decisões judiciais sobre o aborto no Brasil e no mundo. No Brasil, podemos ver de maneira nítida seu uso em decisões proferidas nas ações de constitucionalidade mencionadas no início deste artigo. Tal cenário revela a importância da apresentação de uma argumentação bem embasada e confiável ao STF. Diante disso, espera-se que uma futura decisão do Tribunal na ADPF 442 considere evidências confiáveis apresentadas na ação e, tal como fez em outras oportunidades, seja capaz de se pronunciar de maneira sólida e justa, comprometida com a democracia laica constitucional.

REFERÊNCIAS

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. *Mental Health and Abortion*. Washing-ton: American Psychological Association, 2008. Disponível em: <<https://www.apa.org/pi/wo-men/programs/abortion/mental-health.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2019.
- ANTUNES, L.; FERNANDES, M. Débora Diniz: “A criminalização do aborto matou Ingrid e deixou seus filhos órfãos”. HuffPost, 3 ago. 2018. Disponível em: < https://www.huffpostbrasil.com/2018/08/03/debora-diniz-a-criminalizacao-do-aborto-matou-ingriane-e-deixou-seus-filhos-orfaos_a_23495678/>. Acesso em 14 out. 2019.
- BARROSO, L. R. El aborto en el debate público brasileño. Estrategias jurídicas para el embarazo anencefálico. In: COOK, R. J.; ERDMAN, J.; DICKENS, B. (Org.). *El aborto en el derecho transnacional - Casos y controversias*. México: [s.n.], 2016. p. 332–352.
- BARTLETT, L.; BERG, C.; SHULMAN, Holly; ZANE, Suzanne; GREEN, Clarice; WHITEHEAD, S.; ATRASH, H. *Risk factors for legal induced abortion-related mortality in the United States*. *Obstetrics and Gynecology*, 2004, 103:729–737. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15051566>>. Acesso em 09 dez. 2019.
- BIROLI, Flávia. *Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas*. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília n. 15, p. 37–68, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 jul. 2020.
- BOLTANSKI, L. *As dimensões antropológicas do aborto*. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 7, p. 205–245, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100010>. Acesso em 25 ago. 2019.
- BRIOZZO, Leonel. From risk and harm reduction to decriminalizing abortion: The Uruguayan model for women’s rights. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, v. 134, S3–S6, 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0020729216302442>>. Acesso em 09 dez. 2019.
- BRIOZZO, L.; LEÓN, R.; TOMASSO, G.; FAÚNDES, A. *Overall and abortion-related maternal mortality rates in Uruguay overt the past 25 years and their association with policies and actions aimed at protecting women’s right*. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, v. 134, S20–S23, 2016. Disponível em: < <https://>

reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0020729216302454?token=06B-DC7753197EE98BDCDD1DC06CA1DF02A51F2DD56B7771D519A-25FA966D700405B4B1B7FCECFBE3BA999D42826ED5EB>. Acesso em 09 dez. 2019.

COELHO, R. S.; JORGE, M. A. C. *O fundamentalismo religioso e suas vicissitudes éticas e políticas*. Trivium: Estudos Interdisciplinares, v. 10, n. 1, p. 11–23, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-48912018000100003>. Acesso em 25 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”)*. Julgado em: 28/11/2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em 25 ago. 2019.

DINIZ, D. *A arquitetura de uma ação em três atos - anencefalia no STF*. v. 1, p. 161–183, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>>. Acesso em 18 set. 2019.

_____. *Aborto e deficiência: questões éticas na América Latina*. [S.d.].

_____. Bioética e Aborto. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 125–137. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm> Acesso em 18 set. 2019.

_____. *Zika: do Sertão nordestino à ameaça global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653–660, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 18 set. 2019.

FANTI, F. *Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista*. 2016. 213 f. Universidade Estadual de Campinas, 2016. Disponível em: http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/321650/1/Fanti_Fabiola_D.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

GUIMARÃES, P. *A morte evitável de Ingridiane*. Portal Catarinas, ago. 2018. Disponível em: <<https://catarinas.info/a-morte-evitavel-de-ingriane-e-lembrada-em-audiencia-publica-sobre-aborto/>>. Acesso em 01 nov. 2019.

KALSING, Vera Simone Schaefer. *O debate do aborto: a votação do aborto legal no Rio Grande do Sul*. Cadernos Pagu, n. 19, p. 279–314, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a11.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2019.

KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. In: SCHRAM, FR., BRAZ, M., (Orgs). *Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/wnz6g/pdf/schramm-9788575415405-02.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2019.

LEAL, M.; MAAS, R. *Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do amicus curiae*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, n. 1, p. 40–49, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4774>>. Acesso em 01 nov. 2019.

LUNA, N. *Fetos anencefálicos e embriões para pesquisa: sujeitos de direitos?* Estudos Feministas, v. 17, n. 2, p. 307–333, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v17n2/02.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2019.

_____. *O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico*. Religião & Sociedade, v. 33, n. 1, p. 71–97, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872013000100005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 01 nov. 2019.

MACHADO, L. Z. *O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador*. Cadernos Pagu, v. 2017, n. 50, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332017000200305&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 01 nov. 2019.

MACHADO, M.; COOK, R. J. *Constitutionalizing abortion in Brazil*. Revista de Investigações Constitucionais, v. 5, n. 3, p. 185–231, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000300185>. Acesso em 01 nov. 2019.

MARIANO, R. *O debate parlamentar sobre aborto no Brasil: atores, posições e argumentos*. 2015. Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18171/1/2015_RayaniMarianoSantos.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F.; MARIANO, R. *O direito ao aborto no debate*

legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. Opinião Pública, v. 23, n. 1, p. 230–260, jan. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8650179>>. Acesso em 12 out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018

MONTERO, P. *Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso*. Religião & Sociedade, v. 32, n. 1, p. 167–183, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872012000100008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 12 out. 2019.

MORGAN, L. Embryo Tales. In: FRANKLIN, S; LOCK, M. (Org.). *Re-making Life and Death: Toward an Anthropology of Biosciences*. Santa Fe: School of American Research Press, 2003.

NUNES, Amanda; BUZZI, Vitória. *Conheça a ADI 5581, ação que pede a garantia dos direitos das mulheres, famílias e crianças atingidas pela epidemia do vírus zika*. Cravinas – Prática em Direitos Sexuais e Reprodutivos, Brasília, maio 2019. Disponível em: <<https://projeto-cravinas.wordpress.com/2019/05/27/conheca-a-adi-5581-acao-que-pede-a-garantia-dos-direitos-das-mulheres-familias-e-criancas-atingidas-pela-epidemia-do-virus-zika/>>. Acesso em 27 jun. 2020.

NUNES, Amanda; ROSÁRIO, Luciana. *Reflexos da pandemia da COVID-19 para as famílias afetadas pelo vírus zika no Brasil: a urgência do direito à proteção social*. No prelo, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim: Organização das Nações Unidas, 1995.

_____. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo*. Cairo: Organização das Nações Unidas, 1994.

_____. *Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2013. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/pt/>. Acesso em 11 abril 2020.

PASSARINHO, N. *Grávida que teve pedido para interromper gestação negado pelo Supremo faz aborto na Colômbia*. BBC Brasil, 9 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42292032>>. Acesso em 01 dez. 2019.

ROCHA, M. I. B. Breve panorama sobre a questão do aborto no legislativo brasileiro. In: ROCHA, Maria Isabel Baltar e BARBOSA, Regina Maria (Orgs.). *Aborto no Brasil e países do Cone Sul: panorama da situação e dos estudos acadêmicos*. Campinas: Núcleo de Estudos de população – NEPO/UNICAMP.

ROCHA, Z. *A perversão dos ideais no fundamentalismo religioso*. Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, v. 17, n. 3 suppl 1, p. 761–774, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142014000600761>. Acesso em 01 nov. 2019.

ROSADO-NUNES, M. J. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, A; XAVIER, D. (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 - Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgada em: 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 29 jan. 2019.

_____. *Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09/08/2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

TRUSSELL, J. *Contraceptive failure in the United States*. Contraception, maio 2011. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21477680>>. Acesso em 29 jan. 2019.

VALENTE, G. A. *Laicidade, Ensino Religioso e religiosidade na escola pública brasileira: questionamentos e reflexões*. Pro-Posições, v. 29, n. 1, p. 107–127, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072018000100107&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 20 set. 2019.

RELAÇÕES DE TRABALHO DO SÉCULO XXI E OS JOGADORES PROFISSIONAIS DE E-SPORTS

21ST CENTURY WORKING RELATIONSHIPS
AND PROFESSIONAL E-SPORTS PLAYERS

Bárbara Mendes Peres¹
Suziany Venâncio do Rosário²

Resumo: Em um mundo cada vez mais conectado, algumas profissões estão fadadas a desaparecer, enquanto outras estão surgindo em razão da própria tecnologia. O presente artigo tem por objeto de pesquisa as relações de trabalho do jogador profissional de jogos eletrônicos, um novo tipo de ocupação que ainda não está regulado pelo Direito do Trabalho. Assim, constatou-se a carência de pesquisas especializadas no assunto e isso reflete a precarização na contratação dessas pessoas. Também foi verificado que a discriminação feminina ocorre no campo dos e-Sports, situação análoga ao que acontece no mercado de trabalho em geral. Apesar de ser uma atividade relacionada ao lúdico e ao entretenimento, concluiu-se que não se pode deixar de assegurar a dignidade no trabalho a esses profissionais. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa, através da análise bibliográfica.

Palavras-chave: e-Sports; cyberatleta; esportes eletrônicos; Direito do Trabalho.

1 Graduada em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

2 Graduada em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

Abstract: In an increasingly connected world, some professions are bound to disappear, while others are emerging due to technology. The object of research was the work relations of professional players of electronic games, a new type of occupation that is not yet regulated by the Labor Law. Thus, there was a lack of specialized research on the subject and this reflects the precariousness in hiring these people. It was also found that female discrimination occurs in the field of e-Sports, a similar situation to what happens in the labor market in general. Despite being an activity related to playfulness and entertainment, it was concluded that dignity at work should be guaranteed to these professionals. It was used qualitative research, as methodology, through bibliographic analysis.

Keywords: e-Sports; cyberathlete; electronic sports; Labor Law.

Submissão: 12/04/2020

Aceite: 29/06/2020

1. INTRODUÇÃO

Os e-Sports, ou esportes eletrônicos, chamam a atenção pelo seu crescimento nos últimos anos e podem ser vistos por muitos como um fenômeno global. A receita do sucesso está na enorme audiência, no espírito competitivo, na dinamicidade dos jogos, que frequentemente são atualizados e pelos grandes torneios e premiações.

As competições em jogos eletrônicos são fruto das mudanças sociais e tecnológicas, possibilitadas em grande medida pelo uso da internet. Nesse cenário, em que o ambiente virtual traz relevantes implicações na vida real é fundamental estudar as novas situações jurídicas que estão se desenvolvendo e as repercussões no campo do Direito do Trabalho.

Esse contexto permitiu que surgissem várias profissões relacionadas a essa temática, como programador, designer e produtor de jogos. Um dos labores que mais se destaca e foi objeto de pesquisa neste artigo é o de jogador profissional de jogos eletrônicos, que normalmente se junta a uma equipe e treina no intuito de vencer campeonatos promovidos pelas empresas desenvolvedoras de games.

O mercado de jogos eletrônicos movimentou cifras altíssimas ao redor do mundo. Somente no Brasil, em 2018, esse setor faturou US\$ 1,5 bilhão de dólares, ocupando posição de liderança no mercado latino-americano e 13ª posição no mercado global³. A relevância desse cenário vai além da questão econômica, com fortes repercussões também no Direito.

Há muito a ser desbravado sobre o tema, pois, apesar de existirem muitos jogadores profissionais de jogos eletrônicos, não há consenso na doutrina e nem legislação específica que trate dessas contratações. Assim, o objetivo do artigo é mostrar ao leitor a necessidade de assegurar o trabalho digno a essas pessoas, ainda que as contratações não estejam devidamente reguladas.

3 NEWZOO. *Brazil Games Market 2018*. Disponível em: <<https://newzoo.com/insights/in-graphics/brazil-games-market-2018/>>. Acesso em: set. 2019.

2. BREVE HISTÓRICO DA PROFISSIONALIZAÇÃO NOS JOGOS ELETRÔNICOS

Os jogos eletrônicos foram criados com o avanço do uso da tecnologia e o crescente uso de computadores. Um dos primeiros foi criado em 1958 pelo físico William Higinbotham, em um laboratório norte-americano de pesquisas nucleares, o objetivo era tornar as visitas do público mais interessantes. A indústria de jogos eletrônicos só nasceu na década de 70, com a criação da empresa Atari e outras como a Magnavox, a Coleco e a Fairchild Camera and Instrument, responsáveis por diversificar a história dos jogos eletrônicos⁴.

A partir desse contexto, os jogos eletrônicos foram sendo aprimorados, principalmente com o avanço da internet, e ampliou-se as esferas de sua utilização; antes do uso doméstico, eles só estavam disponíveis em locais como restaurantes, bares e cinemas⁵. Novas empresas desse ramo surgiram e irrompeu-se uma profusão de plataformas disponíveis para jogos eletrônicos, como celulares, computadores e consoles, tornando-se um verdadeiro meio de entretenimento.

Segundo a Confederação Brasileira de e-Sports, a primeira competição de jogos eletrônicos que se tem notícia data de 19 de outubro de 1972, na qual competiram estudantes da Universidade de Stanford nos Estados Unidos, o prêmio foi um ano de assinatura da revista Rolling Stone⁶. A competição reuniu todos os participantes em uma grande sala, os torneios foram presenciais, pois nessa época o uso da internet era incipiente e restrito a outras áreas.

É possível inferir que as competições de jogos avançaram na medida em que foram se desenvolvendo os jogos eletrônicos, sendo muitas virtuais, em que os jogadores interagem entre si sem a necessidade de contato físico, mas apenas com a conectividade da internet. Atualmente, os jogadores podem competir individualmente ou em times, ou seja, as competições não mais se restringem a duas pessoas.

4 LEITE, Leonardo Cardarelli. *Introdução à História do Jogos Eletrônicos*. PUC-RIO, p.35.

5 *Ibidem*, p.40.

6 CBeS, Confederação brasileira de eSports. *História do eSports*. Disponível em: <https://cbesports.com.br/esports/historia-do-esports/>. Acesso em: set. 2019.

Essa prática ficou tão séria que virou profissão, nessa nova conjuntura há também a incorporação de um novo vocabulário, uma verdadeira nomenclatura própria desse meio. Quem compete é chamado de cyberatleta, profissional dos jogos eletrônicos ou até mesmo pro-player (do inglês *professional player*) e as competições de jogos eletrônicos são chamadas de cyber esportes, e-Sports (do inglês *eletronic sports*) ou esportes eletrônicos.

Sobre a descrição do que seria o e-Sport, Ferreira e Costa enunciam:

O e-Sport é a atividade física e intelectual, de forma organizada e competitiva, que segue normas internas e externas, que objetiva a integração de relações sociais, e tem como característica principal o ambiente virtual como plataforma da prática desportiva⁷.

Assim, paulatinamente, nessa nova conformação em que o esporte eletrônico passou por um grande crescimento, de 10 torneios no ano 2000 para 160 no ano 2010, em uma escala mundial; cresceu também o público entusiasta, que assiste às partidas virtualmente, bem como presencialmente. Para se ter ideia, no Brasil, o torneio do jogo eletrônico League of Legends atraiu mais de 10.000 torcedores ao Allianz Park, em 2015 e outros 10.000 ao Ginásio do Ibirapuera em 2016.⁸

3. AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO E OS JOGADORES PROFISSIONAIS

Segundo Ricardo Antunes, as novas modalidades de trabalho vêm configurando as mais distintas e diferenciadas formas de precarização do trabalho e de expansão da informalidade. Para ele, numa concepção marxista de eliminação/utilização dos resíduos da produção, o capital desemprega cada vez mais trabalho estável, substituindo-os por trabalhos precarizados, que se encontram em enorme expansão no mundo

7 FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Pietro Lazaro. *Os contratos de trabalho dos esportistas eletrônicos no Brasil e a necessidade de sua regulamentação*. Meritum, Belo Horizonte, v.14, n.1, Jan/Jun. 2019. p. 256-279.

8 CBeS, Confederação brasileira de eSports. História do eSports. Disponível em: <<https://cbesports.com.br/esports/historia-do-esports/>>.

agrário, industrial e de serviços, bem como nas múltiplas interconexões existentes entre eles.⁹

Assim, para Antunes, o Século XXI apresenta um cenário profundamente contraditório e agudamente crítico, pois ao mesmo tempo em que o trabalho é central para a criação do valor, reiterando seu sentido de perenidade, ele estampa, em patamares assustadores, seu traço de superfluidade, da qual são exemplos os precarizados, flexibilizados, temporários, além do enorme contingente de desempregados que se espalham pelo mundo¹⁰.

A contratação de jovens atletas, em média dos 16 aos 25 anos, para que participem profissionalmente de competições desportivas de jogos eletrônicos, tem sido motivo profunda discussão, especialmente porque o chamado esporte eletrônico não é reconhecido legalmente no Brasil¹¹. Há o debate se o e-Sport é considerado uma modalidade esportiva, enquanto isso não acontece o cenário que prevalece é de indefinição em relação às formas de contratações trabalhistas, o que favorece a precarização do trabalho dessas pessoas.

No Brasil, em certas contratações exige-se que o cyberatleta passe a viver em uma *gaming house*, que consiste numa unidade residencial, subsidiada por uma organização ou patrocinador, com infraestrutura própria para comportar o time de jogadores. A reunião desses profissionais num único local ocorre para promover a interação da equipe e também devido ao fato de que os mais talentosos jogadores moram em diferentes regiões do país¹².

Em geral, esse local conta com profissionais como cozinheiros, psicólogos, nutricionistas, fisioterapeutas e treinadores de equipe, para que os jogadores de um time atinjam seu melhor desempenho.

Existem mais de 20 *gaming houses* espalhadas pelo Brasil, entre elas estão: Intz e-Sports Club (maior *gaming house* da América Latina), Vivo Keyd, CNB e-Sports Club, Red Canids, Team Liquid, Nex Impetus Gaming, Immortals Gaming Club, Brasil Gaming House, paiN Gaming House, Redemption W7M, Uppercut Esports, ProGaming , Faze Clan,

9 ANTUNES, Ricardo. *Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho?*. Serviço Social & Sociedade, n. 107, p. 407, 2011.

10 ANTUNES, Ricardo. *Século XXI: Nova Era da Precarização Estrutural do Trabalho? In: In-foproletários, degradação real do trabalho virtual*. Boitempo Editorial, 2009, p. 238.

11 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, p.1.

12 *Ibidem*, p.5.

KaBuM e-Sports, Bulldozer Team, Loud esports, God House, FlipSide e-Sports, Unity Telecom E-Sports e outras. Normalmente, essas organizações são patrocinadas por grandes empresas e por times de futebol¹³.

Nessa configuração, a fiscalização diária da rotina desses jovens é facilitada, pois se submetem a uma relação em que o trabalhador vive constantemente no ambiente de trabalho. Assim, é comum denúncias de cyberatletas que relatam condições de insalubridade vividas nesses locais, algumas, inclusive, são feitas via redes sociais¹⁴.

Outra opção às *gaming houses* são as chamadas *gaming offices*, em que a equipe vai para o local de trabalho apenas para o treinamento em jogos eletrônicos e depois retornam para suas casas. No Brasil, times como o Submarino Stars, Flamengo eSports, Team oNe e-Sports e Havan Liberty Gaming adotam essa prática¹⁵.

4. A DISCRIMINAÇÃO FEMININA NO CAMPO DOS E-SPORTS

Em que pesem os avanços, a discriminação às mulheres no mercado de trabalho ainda é uma realidade brasileira. Segundo o IBGE, elas se concentram em setores específicos e seus rendimentos médios são desiguais em relação aos homens que exercem a mesma função. No setor de e-Sports, infelizmente, a situação não é distinta¹⁶.

Segundo Hayes, a hipersexualização na representação de personagens femininas, juntamente com a predominância de lutas como aspecto central, constitui a primeira barreira para a integração de mulheres, tendo em vista que essas temáticas são vistas como uma expressão

13 BENTO, Abner. *Clubes de futebol e eSports: os times do Brasil que já investiram no competitivo dos games*. Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/clubes-de-futebol-e-esports-os-times-do-brasil-que-ja-investiram-no-competitivo-dos-games.ghtml>>. Acesso em: out. 2019.

14 MACKUS, Evelyn. *Jogadores da Unity relatam situação na gaming houses*. 2018. Disponível em: <<https://www.maisesports.com.br/unity-gaming-house-entenda-o-caso/>>. Acesso em: out. 2019.

15 Gaming House ou Gaming Office? . Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/11/gaming-house-ou-gaming-office-entenda-diferencas-e-tipos-de-treinos-esports.ghtml>>. Acesso em: out. 2019.

16 OLIVEIRA, Nielmar. *Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>>. Acesso em: nov. 2019.

de biologia e socialização (a necessidade que o homem tem que ser forte e destemido)¹⁷.

O estereótipo construído socialmente da incapacidade feminina para os jogos, como se este campo fosse voltado exclusivamente ao público masculino, aliado ao anonimato possibilitado pela internet e a escassez de sistemas internos nas plataformas que incentivem a denúncia, ensejam a agressão e impunidade. Inclusive, como tentativa de inibir tais práticas, foi lançada a campanha “MyGameMyName” pela ONG americana Wonder Women Tech¹⁸, a qual objetiva aniquilar o assédio online contra essas vítimas.

Destarte, apesar de a Pesquisa Game Brasil - realizada em 2019 pela Sioux Group, Blend New Research e Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM)-, demonstrar que o público feminino representa 53% dos consumidores de jogos no País¹⁹, no cenário de profissionais, são a minoria.

Com efeito, esse processo de naturalização das desigualdades faz parte do discurso machista que fundamenta a restrição das mulheres às competições. Para exemplificar, convém destacar que a e-Sports Brasil promove uma premiação de atletas de jogos eletrônicos anualmente. Em 2019, dentre 14 categorias, de 112 indicados, apenas 2 são do sexo feminino²⁰. Além disso, todos os premiados do ano de 2017 e 2018 foram homens²¹.

Releva notar, ainda, o famoso Campeonato Brasileiro de League of Legends (CBLoL), no qual, no formato de liga, times profissionais de todo Brasil se enfrentam, podendo garantir, inclusive, vagas em campeonatos internacionais. Atualmente, dos oito times, nenhum possui em sua composição alguma mulher.

17 HAYES, E. *Gendered identities at play: case studies of two women playing morrowind*. 2007. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1555412006294768>. Acesso em: nov. 2019.

18 *Campanha My Name My Game*. Disponível em: <http://www.mygamemyname.com/>. Acesso em: nov. 2019.

19 Essa porcentagem engloba os jogadores de consoles tradicionais, notebooks e computadores. Disponível em: <https://www.pesquisagamebrasil.com.br/pesquisa-game-brasil-2019/>. Acesso em: nov. 2019.

20 Indicados ao Prêmio eSports Brasil 2019. Disponível em: <https://peb.premioesportsbrasil.com.br/#fan-vote-section>. Acesso em: nov. 2019.

21 Vencedores do Prêmio eSports Brasil 2017 e 2018. Disponível em: <https://peb.premioesportsbrasil.com.br/winners>. Acesso em: nov. 2019.

Certo é que nas competições internacionais são aceitos participantes de qualquer gênero. Entretanto, a realidade abordada impede contratações e investimentos, o que prejudica o desenvolvimento profissional das mulheres nesta seara.

Isso foi evidenciado na ação de iniciativa da Vivo e Gamers Clube, em que foi realizada uma disputa entre jogadores de Counter-Strike: Global Offensive e, a cada rodada, uma equipe recebia 32% - correspondente à média mundial da diferença salarial entre homens e mulheres - a menos do que a adversária²². No fim, percebeu-se que o time perdedor era aquele em desvantagem, tendo em vista o impedimento de comprar itens que viabilizassem o jogo, situação que ocorre na prática com os times femininos, uma vez que não são patrocinados nas mesmas proporções do que os times masculinos.

5. GARANTIA DO PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO AOS CYBERATLETAS

Mauricio Godinho aduz que a conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana ocorrem não apenas com a liberdade e intangibilidade física e psíquica, mas também com a conquista e afirmação da individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, o que ocorre, de modo geral, mediante o trabalho²³.

Ao mesmo tempo em que o labor possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício. Assim, a proteção jurídica do trabalhador e das relações de trabalho são fundamentais para viabilizar o homem com fim em si mesmo, preservada a identidade social e potencializada sua emancipação coletiva²⁴.

Destarte, Gabriela Neves Delgado pondera:

22 Campanha e-quality. Disponível em: <<http://www.equality4change.com.br/>>. Acesso em: 02/11/2019.

23 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 94.

24 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p.193-207.

A igualdade, no tocante ao direito de proteção normativa de toda e qualquer relação trabalhista, revelar-se-á na construção de um sistema jurídico capaz de legitimar o direito universal ao trabalho digno. E será este direito referência maior para a possível estabilização das relações sociais de trabalho diante do sistema capitalista contemporâneo²⁵.

Sabe-se que a garantia do trabalho digno está diretamente relacionada à preservação da saúde do trabalhador. Entretanto, segundo o sociólogo Ricardo Antunes, com as mudanças organizacionais na seara trabalhista juntamente com o advento de profissões inovadoras, houve a incorporação de novas enfermidades.

O referido autor afirma que os trabalhadores que lidam com a tecnologia encontram-se cada vez mais expostos à intensificação do ritmo de suas atividades e à flexibilização, sendo uma das expressões desta a diminuição significativa da separação entre a atividade laboral e o espaço da vida privada, o que ocorre na atividade ora analisada²⁶.

No que se refere aos cyberatletas, a confusão entre o lúdico e o profissional nesta seara e a ausência de legislação específica que os regulem - em que pese a discussão que será abordada adiante a respeito de quais diplomas normativos são aplicáveis - ensejam a prática de condutas pelos empregadores que ferem a dignidade humana destes indivíduos, submetendo-os a jornadas exaustivas de trabalho.

Em entrevista concedida ao Gazeta Esportiva, os competidores que vivem em *gaming houses* afirmaram que, além do desafio de conviver com a ausência familiar, treinam em média 13 horas por dia²⁷. Certo é que essa prática afeta a saúde física e psíquica dos cyberatletas, sendo essencial o estabelecimento de períodos de descanso para a garantia do trabalho decente.

25 *Ibidem*, p.194.

26 ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. *A sociedade dos adoecimentos no trabalho*. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 123, p. 407-427, set. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em out. 2019.

27 RODRIGUES, André. *Trabalho, diversão e muito dinheiro: conheça o mundo dos e-Sports*. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/esportes/mais_esportes/2017/11/trabalhodiversao-e-muito-dinheiro-conheca-o-mundo-dos-e-sports-1014107999.html>. Acesso em: out. 2019.

Helio Tadeu aponta que a empresa contratante deve zelar pelas condições físicas e mentais desses profissionais, pois a sobrecarga mental que sofrem de patrocinadores e organizadores os sujeitam a riscos de doenças ergonômicas por esforço repetitivo, bem como transtorno mental, o que possivelmente resultará na responsabilização do organizador ou patrocinador²⁸.

Infelizmente, dadas as peculiaridades do labor exercido (*vide* tópico 3), vê-se que a fiscalização do contratante não é adequada e que, muitas vezes, não é assegurado um patamar civilizatório mínimo para estes profissionais. Nesse teor, impende salientar que, “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva”²⁹.

Segundo Maurício Godinho Delgado, no caso brasileiro, tal patamar está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro; as normas constitucionais em geral e as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao trabalhador³⁰.

Gabriela Delgado salienta que “os instrumentos internacionais destacam um patamar civilizatório universal de direitos para o trabalhador, reconhecendo o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, para que possa levar uma vida digna”³¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, no artigo 23, que toda pessoa tem direito à condições equitativas e satisfatórias de trabalho. Além disso, as normas estabelecidas pela OIT consideram labor digno o executado em condições de liberdade, segurança, equidade e dignidade³².

No que concerne à Constituição Federal, Mauricio Godinho afirma que este diploma traz o direito do trabalho como fundamento da ordem

28 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, p.7.

29 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A matriz do trabalho na Constituição de 1988 e o atleta profissional de futebol*. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 8, ago. 2012, p.13.

30 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1339.

31 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 189.

32 Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agenzia/oit/>. Acesso em: out. 2019.

social (art. 193), da ordem econômica (art. 170), um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV)³³. Ademais, Gabriela Delgado aduz que os destinatários do caput do artigo 7º não são apenas os empregados, mas todos os trabalhadores³⁴.

Apesar da divergência existente quanto à caracterização da relação empregatícia, certo é que devem ser garantidos direitos mínimos aos cyberatletas, tendo em vista que o trabalho considerado direito fundamental é aquele que dignifique a pessoa humana, sendo, portanto, valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social³⁵.

Por fim, quanto às normas infraconstitucionais, como a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei Pelé, a discussão a respeito da sua aplicabilidade na relação *sub examine* será abordada nos próximos tópicos.

6. O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Maurício Godinho Delgado aponta que a relação de trabalho tem caráter genérico, pois refere-se a toda modalidade de trabalho humano modernamente admissível, englobando a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor³⁶.

Helio Tadeu esclarece que embora a maioria dos contratos entre organizadores e cyberatletas sugerem típica relação de patrocínio e, na prática, serem denominados de contratos de “adesão e outras avenças”, manifestando num primeiro momento, a existência de uma singela relação civil de patrocínio. A situação que se desencadeia no dia a dia desses atletas muitas vezes vai além daquela condição inicial sob a qual foram contratados, sugerindo, assim, uma natureza jurídica diversa da pactuada, o que pode ensejar sérias implicações jurídicas, especialmente sob a ótica do Direito do Trabalho³⁷.

33 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1333.

34 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p.189.

35 LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed., São Paulo: SARAIVA, 2017, p. 39.

36 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 333.

37 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, pp.2-3.

6.1 Caracterização da Relação de Emprego aos Profissionais dos Jogos Eletrônicos

Da conjugação do disposto nos arts. 2º e 3º da CLT extrai-se os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, a saber: prestação por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, subordinação jurídica e onerosidade. Mauricio Godinho aponta que esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, não são criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo Direito de realidades fáticas relevantes³⁸.

Uma vez contratado, o jovem atleta passa a exercer uma rigorosa rotina de trabalho, cujo grau de disciplina, concentração e dedicação pode ser até mesmo equiparado ao de um atleta profissional de modalidades desportivas conhecidas, como o futebol. Exige-se que o jogador atinja o auge de sua habilidade técnica (física e intelectual) num jogo, o que, normalmente, exige treino de mais de 8 horas por dia³⁹.

No conceito de pessoalidade existe a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado. A contratação de um empregado leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões pessoais, então, o empregador espera ver o empregado, e não outra pessoa por ele designada, realizando o serviço contratado⁴⁰.

Assim, a prestação por pessoa física e o elemento da pessoalidade configuram-se nessa relação de modo cristalino, os trabalhos realizados podem exigir a presença física ou virtual do cyberatleta e a escolha para compor a equipe e participar de determinadas competições verifica-se pela habilidade do contratado em determinado jogo. Segundo Godinho, é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, devendo ser a prestação *intuitu personae*, em que o trabalhador não poderá fazer-se substituir intermitentemente ao longo da concretização dos serviços pactuados⁴¹.

38 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 338.

39 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, pp.3-4.

40 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*, 10ª ed. Editora Saraiva, 2019, p. 166.

41 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 339.

A subordinação jurídica, para Maurício Godinho, é encarada sob um prisma objetivo, em que o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços⁴². Para Martinez, a subordinação é evidenciada na medida em que o tomador dos serviços define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado, sendo uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador de serviços⁴³.

Assim, nessa relação de trabalho, resta caracterizada a subordinação jurídica ao ser estabelecidas obrigações como: permanecer diariamente na infraestrutura fornecida pela organizadora, nos casos em que o cyberatleta integra uma *gaming house*, para os treinos e competições, cumprimento fiscalizado de horário de almoço e início e término de treino, tempo de dedicação mínima aos treinos, presença virtual em outras atividade que determinar o contratante⁴⁴.

Verifica-se a onerosidade quando a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado⁴⁵. Os cyberatletas contratados pelas empresas desse ramo, ao obterem uma vitória, recebem prêmios pela equipe ou individualmente. Contudo, eles também percebem, mensalmente, uma quantia fixa a título de salário, que é a contraprestação pelas atividades realizadas⁴⁶.

Com relação ao elemento da não-eventualidade, entende-se que o trabalho não eventual é o trabalho permanente, ou seja, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, não se qualificando como trabalho esporádico⁴⁷. Nessa relação, essa característica é evidente, principalmente ao se analisar que os atletas estão concentrados nas *gaming houses* e exercem diariamente os treinos em jogos eletrônicos para se capacitarem para as competições.

Quando resta caracterizado todos os pressupostos acima descritos, transparece que esses profissionais, em muitos casos, estão sendo

42 *Ibidem*, p. 348.

43 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho, 10ª ed. Editora Saraiva, 2019, p. 169.

44 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, p.5.

45 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 323.

46 COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*, pp. 5-6.

47 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 341.

submetidos a uma típica relação de emprego, mesmo que tenha sido estabelecida uma outra forma contratual que ampare essa relação. Essa “aparência” deve ser desconstruída, aplicando-se o princípio da primazia da realidade sobre forma, e a relação de emprego deve ser necessariamente declarada. A CLT firma esse entendimento no art. 9º, prescrevendo que os atos praticados com o intuito de fraudar a Consolidação são nulos de pleno direito.

Segundo Santana, o ramo do desporto eletrônico agrega modalidades individuais e coletivas, o que resulta em distinção contratual em algumas situações. No Campeonato Brasileiro de League of Legends (CBLol), em que o título é disputado entre times, a empresa que desenvolve e gerencia o jogo – Riot, entrou em acordo com a Associação Brasileira de Clubes de e-Sports (ABCDE) para exigir a regulamentação dos cyberatletas por meio do contrato de trabalho, nas bases celetistas e, no que couber, na Lei Pelé⁴⁸.

Por ser uma nova profissão, a legislação brasileira ainda não cuidou de tratar, com a devida profundidade, desse novo tipo de relação jurídica. As situações a ser analisadas são casuísticas, em que tudo vai depender da situação concreta a que foi submetido o cyberatleta, sendo essa uma fragilidade, pois diante das exigências contratuais propostas, essas contratações são propensas ao reconhecimento de vínculo de emprego⁴⁹.

6.2. Aplicação da Lei Pelé aos Profissionais dos Jogos Eletrônicos

Atualmente, há três Projetos de Lei em tramitação que objetivam regulamentar os esportes eletrônicos. O Projeto de Lei nº 7.747/2017, proposto pela Deputada Mariana Carvalho (PSDB-RO), pretende acrescentar o §3º ao art. 3º da Lei Pelé, reconhecendo o desporto virtual como prática esportiva⁵⁰. A mesma proposta integra o Projeto de Lei nº 3450/2015, cujo autor é o Deputado Federal João Henrique Caldas (PSB-AL)⁵¹. Por sua vez, o Senador Roberto Rocha propôs o Projeto de

48 SANTANA, Marcos Corrêa. *Aplicabilidade das leis trabalhistas nos contratos de esporte eletrônico*. Repositório Institucional UFJF, 2017, p. 14.

49 *Ibidem*, p.4.

50 Projeto de Lei nº 7.747, de 2017.

51 Projeto de Lei nº 3.450 de 2015.

Lei do Senado nº 383/2017⁵², no qual, além de reconhecer o cyberatleta como atleta profissional, exclui do conceito de e-Sports os jogos com conteúdo violento.

Tendo em vista a ausência de legislação específica em vigor, faz-se necessário discorrer sobre a caracterização do jogo eletrônico como esporte, pois esta análise enseja a conclusão a respeito da aplicação ou não da Lei Pelé a esta categoria.

A Lei 9.615/98 conceitua as práticas desportivas em seu artigo 3º, abordando as quatro modalidades existentes: desporto educacional, de participação, formação e rendimento⁵³. Assim, os pro-players poderiam ser enquadrados nesta última modalidade, a qual tem como finalidade a obtenção de resultados, sendo a única que pode ser praticada de forma profissional, consoante o artigo 3º, § 1º, I do dispositivo supracitado.

O argumento da sua configuração como esporte é fortalecido com a realização pelo Ministério do Esporte da certificação da Confederação Brasileira de Desportos Eletrônicos (CBDEL) como entidade conveniada, além do fato de que a atividade destes jogadores, apesar de ser exercida por meio virtual, se assemelha à praticada pelos atletas de esportes tradicionais. Nesse teor, Pereira salienta:

É importante considerar que embora em números absolutos de times e jogadores de alto rendimento o esporte eletrônico fique bastante aquém dos esportes tradicionais mais massificados, a quantidade de equipes e jogadores amadores e profissionais já é bastante considerável. Jogadores aspirantes a profissionais atravessam dificuldades similares a de jovens que querem disputar esportes profissionalmente e precisam alcançar níveis de excelência altos através de treinos exigentes constantes até serem reconhecidos. Dessa forma, ao considerar o aspecto de desenvolvimento de carreira do cyberatleta é possível perceber uma aproximação entre o esporte eletrônico e o tradicional⁵⁴.

52 Projeto de Lei do Senado nº 383 de 2017.

53 Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

54 PEREIRA, Silvio Kazuo. *O videogame como esporte: Uma comparação entre esportes eletrônicos e esportes tradicionais*. Monografia (Bacharel de Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda) - Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília,

Por outro lado, os que afastam sua caracterização como esporte aduzem, principalmente, que é necessária a realização de atividade física para esse enquadramento. Em 2014, John Skipper, presidente da ESPN, afirmou que não considera os e-Sports como esporte, mas uma competição. Em 2019, durante a discussão do Projeto de Lei 383/2017, a senadora Leila Barros (PSB-DF), argumentou que não enquadra o e-Sport como prática esportiva, visto que esta demanda preparação e abdicção da vida pessoal, o que, para ela, não ocorreria *in casu*⁵⁵.

Assim, caso conclua-se que é um esporte, deve-se destacar que há divergências quanto à aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho, quando presentes os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego. Mauricio Godinho e Gabriela Delgado, ao analisarem a relação jurídica do atleta profissional de futebol, aduzem que a CLT também é aplicada, tendo em vista a existência da relação empregatícia deste trabalhador. Dessa forma, fazendo um paralelo com a profissão *sub examine*, podemos chegar à mesma conclusão⁵⁶.

7. BREVE PANORAMA ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DOS E-SPORTS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Após a análise da regulamentação incipiente no contexto brasileiro, faz-se necessário apresentar breves acenos sobre a realidade estrangeira.

A Coreia do Sul considera o uso de jogos eletrônicos como forma de desenvolvimento físico, psíquico e social⁵⁷. Assim, dado o cenário de

2014. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/9385/1/2014_SilvioKazuoPereira.pdf>. Acesso em: out. 2019.

55 Sport TV. *Leila reafirma que não vê games como esporte, mas promete audiência para discutir tema*. Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/leila-barros-oficializa-recurso-para-projeto-de-regulamentacao-dos-esports-ir-para-plenario-do-senado.ghtml>>. Acesso em: out. 2019.

56 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A matriz do trabalho na Constituição de 1988 e o atleta profissional de futebol*. Revista LTr Legislação do Trabalho : Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo , v. 76, n. 8, p. 903-914, ago. 2012.

57 CORRAIDE, Marco Túlio. *Aspectos jurídico-trabalhistas do competidor de esports no Brasil: uma análise dos cyber-atletas e o regime jurídico aplicável*. 2019. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, p. 29. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/9385>>. Acesso em: jun. 2020.

forte difusão dos e-Sports, nos anos 2000, com apoio do Ministério da Cultura, Esporte e Turismo, foi fundada a organização governamental Korean e-Sports Association - KeSPA, cujo um dos objetivos é regularizar a atividade.

Entre as principais conquistas da mencionada organização está a garantia de recebimento de um salário mínimo aos cyberatletas, além da emissão de licença reconhecendo o indivíduo como jogador profissional⁵⁸, sendo, portanto o e-Sport uma profissão, em que é estendido aos cyberatletas a proteção inerente aos demais trabalhadores.

Por sua vez, nos Estados Unidos, desde 2013, o governo americano tem concedido visto de trabalho para os profissionais de jogos eletrônicos participarem de campeonatos ou treinarem no país, reconhecendo, assim, a prática como modalidade esportiva e, conseqüentemente, os jogadores como atletas⁵⁹.

Releva destacar, ainda, que a França foi o primeiro país europeu a legislar em matéria concernente ao e-Sport, objetivando regular os aspectos relativos à organização de competições e aos direitos trabalhistas dos cyberatletas⁶⁰. Deveras, o artigo 102 do *Code du Travail*⁶¹ conceitua o jogador profissional de jogos eletrônicos como qualquer pessoa cuja atividade remunerada envolva a participação em competições de jogos de videogames, havendo subordinação jurídica com uma associação ou empresa que se beneficia de uma aprovação do *Ministre chargé du numérique* (Ministro responsável pela tecnologia digital), especificada por meios regulatórios⁶².

58 *Ibidem*.

59 FOGGIATTO, Ricardo Eduardo. *A aplicabilidade do Direito Desportivo e do Direito do Trabalho aos Contratos dos Atletas de Esportes Eletrônicos*. 2017. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, p. 13. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/58178/RODRIGO%20EDUARDO%20FOGGIATTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: jun. 2020.

60 FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Pietro Lazaro. *Os contratos de trabalho dos esportistas eletrônicos no Brasil e a necessidade de sua regulamentação*. Meritum, Belo Horizonte, v.14, n.1, Jan/Jun. 2019. p. 256-279.

61 FRANÇA. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016. Oct, 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id>> Acesso em: jun. 2020.

62 No original: “Le joueur professionnel salarié de jeu vidéo compétitif est défini comme toute personne ayant pour activité rémunérée la participation à des compétitions de jeu vidéo dans un lien de subordination juridique avec une association ou une société bénéficiant d’un agrément du ministre chargé du numérique, précisé par voie réglementaire”. FRANÇA. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016. Oct, 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte>.

A importância crescente do esporte eletrônico no âmbito internacional culminou na emissão de um comunicado do Comitê Olímpico Internacional - COI, em 2017, no qual a entidade afirmou que os esportes eletrônicos podem ser considerados como atividades desportivas, desde que não entrem em conflito com os valores olímpicos⁶³. Posteriormente, as disputas de esportes eletrônicos estiveram entre as modalidades dos Jogos Asiáticos de 2018.

Entretanto, a discussão acerca da possibilidade de inserção da atividade nos Jogos Olímpicos ainda está em aberto. Durante o Congresso Olímpico, realizado em janeiro de 2020, o presidente do comitê de e-Sports do COI, David Lappartient, contrariamente ao afirmado em 2017, disse que a entidade não pretende, no momento, reconhecer os e-Sports como esporte ou de inseri-los no programa olímpico⁶⁴.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento de novas tecnologias culminou em mudanças sociais, possibilitando a criação de relações trabalhistas inovadoras, como a de cyberatleta. Assim, apesar do crescimento desta profissão, nota-se sua invisibilidade pelos teóricos e pesquisadores. Tal realidade foi observada pela dificuldade de encontrar artigos científicos sobre o tema, sendo que grande parte das informações disponibilizadas são de artigos jornalísticos, o que é um indicativo de precarização, na medida em que a forma decidida de contratação do obreiro depende exclusivamente do contratante.

Com efeito, neste estudo foram abordados o contexto de criação dos e-Sports, assim como os aspectos centrais para a compreensão des-

do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id > Acesso em jun. 2020. Tradução nossa.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=JORFARTI000033203461&cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id>

63 SPORTV. *COI abre portas para reconhecer os e-sports como um esporte*. Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/coi-abre-portas-para-reconhecer-os-e-sports-como-um-esporte.ghtml>>. Acesso em: jun. 2020.

64 SPORTV. *COI abre premissas de estratégia com eSports: “Não pensamos em reconhecer como esporte”*. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/e-sportv/noticia/coi-abre-premissas-de-estrategia-com-esports-nao-pensamos-em-reconhecer-como-esporte.ghtml>>. Acesso em: jun. 2020.

ta prática, como a análise do perfil dos jogadores, salientando a discriminação das mulheres e as barreiras existentes para sua ascensão profissional. Além disso, foi demonstrado que as relações de trabalho do século XXI são marcadas pela informalidade, precarização dos Direitos Trabalhistas e falta de estabilidade, situação observada na situação ora analisada, pois faltam referenciais normativos para guiar as contratações dos cyberatletas.

Foi abordado que, muitas vezes, estes profissionais são submetidos à jornadas de trabalho exaustivas, sendo os fatores que contribuem para esta realidade a linha tênue entre o lúdico e o trabalho nesta profissão, bem como o fato de estes indivíduos morarem em *gaming houses*, o que facilita a fiscalização diária da rotina desses jovens, pois, nessa relação, o trabalhador vive constantemente no ambiente de trabalho.

Tendo em vista a ausência de regulamentação específica vigente, em que pese os projetos de lei em tramitação, foi estudada a possibilidade de enquadramento do jogo eletrônico como uma modalidade esportiva de rendimento, analisando a possível incidência da Lei nº 9.615/98. Outrossim, também foi abordada a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício decorrente do contrato efetuado com esses cyberatletas, se presentes os elementos fáticos jurídicos, aplicando-se, portanto, a Consolidação das Leis Trabalhistas.

Por fim, foram realizados breves acenos acerca da regulamentação desta profissão no direito estrangeiro, demonstrando que, em países como Coreia do Sul, Estados Unidos e França existem legislações ou organizações específicas, as quais garantem a proteção dos trabalhadores, bem como ensejam segurança jurídica.

O artigo teve a finalidade de mostrar ao leitor que a profissionalização dos jogadores de jogos eletrônicos, apesar de peculiar, não exime a aplicação dos princípios e normas do Direito do Trabalho nas contratações. Destarte, independentemente da conclusão adotada acerca da incidência dos diplomas normativos supracitados, certo é que essa relação deve ser tocada pelo Direito do Trabalho, a fim de garantir um patamar mínimo civilizatório a essas pessoas, afinal o trabalho constitui a identidade humana.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. Boitempo Editorial, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho?*. Serviço Social & Sociedade, n. 107, p. 405-419, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: out. 2019.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, 1º de maio de 1943. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em: out. 2019.

CBeS, Confederação brasileira de eSports. *História do eSports*. Disponível em: <<https://cbesports.com.br/esports/historia-do-esports/>>. Acesso em: out. 2019.

COELHO, Helio Tadeu Brogna. *E-Sport: Os Riscos nos Contratos de Cyber-Atleta*. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/moacyra-junior/e-sport-os-riscos-nos-contratos-de-cyberatletas?ref=http://dropsdejogos.com.br/index.php/noticias/cultura/item/1187-advogado-explica-aspectos-juridicos-e-como-os-atletas-digitais-devem-trabalhar-com-e-sports-no-brasil>>. Acesso em: out. 2019.

CORRAIDE, Marco Túlio. *Aspectos jurídico-trabalhistas do competidor de esports no Brasil: uma análise dos cyber-atletas e o regime jurídico aplicável*. 2019. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/9385>>. Acesso em: jun. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. *O Trabalho Enquanto Suporte de Valor*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - nº.49 / Jul. - Dez., 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A matriz do trabalho na Constituição de 1988 e o atleta profissional de futebol*. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 8, p. 903-914, ago. 2012.

FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Pietro Lazaro. *Os contratos de trabalho dos esportistas eletrônicos no Brasil e a necessidade de sua regulamentação*. Meritum, Belo Horizonte, v.14, n.1, Jan/Jun. 2019. p. 256-279.

FOGGIATTO, Ricardo Eduardo. *A aplicabilidade do Direito Desportivo e do Direito do Trabalho aos Contratos dos Atletas de Esportes Eletrônicos*. 2017. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, p. 13. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/58178/RODRIGO%20EDUARDO%20FOGGIATTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: jun. 2020.

FRANÇA. Lei nº 2016-1321 du 7 octobre 2016. Oct, 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000033202746&categorieLien=id>> Acesso em jun. 2020.

HAYES, E. *Gendered identities at play: case studies of two women playing morrowind*. 2007. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1555412006294768>>. Acesso em: nov. 2019.

LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed., São Paulo: SARAIVA, 2017.

LEITE, Leornado Cardarelli. *Introdução à História do Jogos Eletrônicos*. (S.A).PUC-RIO. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8600/8600_3.PDF>. Acesso em: out. 2019.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed., Editora Saraiva, 2019.

NEWZOO. *Brazil Games Market 2018*. Disponível em: <<https://newzoo.com/insights/infographics/brazil-games-market-2018/>>. Acesso em: set. 2019.

ONTIER. *Guía legal sobre e-sports*. Espanha, 2016. Disponível em: <<https://es.ontier.net/ia/guialegalesports.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

PEREIRA, Silvio Kazuo. *O videogame como esporte: Uma comparação entre esportes eletrônicos e esportes tradicionais*. 2014. 122 f. monografia (Bacharel de Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda)- Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, [S.I], 2014. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/9385>>. Acesso em: nov. 2019.

Projeto de Lei nº 3.450 de 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>>. Acesso em: out. 2019.

Projeto de Lei nº 7.747 de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A14B-971F6A74A48A0B8C7D6CA0DB8305.proposicoesWebExterno1?co-dteor=1571003&filename=Avulso+-PL+7747/2017>. Acesso em: out. 2019.

Projeto de Lei do Senado nº 383, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131177>>. Acesso em: out. 2019.

RODRIGUES, André. *Trabalho, diversão e muito dinheiro: conheça o mundo dos e-Sports.* Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/esportes/mais_esportes/2017/11/trabalhodiversao-e-muito-dinheiro-conheca-o-mundo-dos-e-sports-1014107999.html>. Acesso em: out. 2019.

SANTANA, Marcos Corrêa. *Aplicabilidade das leis trabalhistas nos contratos de esporte eletrônico.* Repositório Institucional UFJF, 2017. SPORTV. *COI abre portas para reconhecer os e-sports como um esporte.* Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/coi-abre-portas-para-reconhecer-os-e-sports-como-um-esporte.ghtml>>. Acesso em: jun. 2020.

SPORTV. *COI abre premissas de estratégia com eSports: “Não pensamos em reconhecer como esporte”* Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/e-sportv/noticia/coi-abre-premissas-de-estrategia-com-esports-nao-pensamos-em-reconhecer-como-esporte.ghtml>>. Acesso em: jun. 2020.

ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: O CONSUMIDOR, O MEIO AMBIENTE E ATUTELA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS: THE CONSUMER, THE ENVIRONMENT, AND THE ECONOMIC CRIMINAL LAW'S PROTECTION

Bruno Scherrer Carniel¹

João Vitor dos Santos de Souza²

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar o Projeto de Lei da Câmara 34/2015, principalmente sua justificação e a nova redação dada ao artigo 40 da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005). Além disso, é feita uma exploração da forma como a Lei de Biossegurança trata o acesso à informação aos consumidores sobre os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs). Estabelecidos os marcos legais, inicia-se um exame acerca da modificação proposta pelo PLC 34/2015 e da justificação para a alteração, traçando, posteriormente, objeções quanto às alterações. E, por fim, pretende-se expor o papel do Direito do Consumidor e do Direito Penal Econômico, respectivamente, na regulação e na punição dos fornecedores que não cumprem com o seu dever de informar acerca da origem transgênica do alimento, sob a ótica do princípio da precaução.

Palavras-chaves: Organismos Geneticamente Modificados (OGMs); Direito do Consumidor; Direito Penal Econômico; Princípio da Precaução.

1 Graduando do Curso de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

2 Graduando do Curso de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Abstract: This paper exposes the “Projeto de Lei da Câmara 34/2015”, especially its justification and its change over the art. 40 in the Biosafety Law (“Lei n.º 11.105/2005”). Moreover, explore the way in which the Biosafety Law deals with Access to information to consumers about Genetically Modified Organisms (GMOs). From this legal frame work, we Will Begin ananalysis of the modification proposed by PLC 34/2015 and the justification for the amendment, later drawing objections to the changes. Finally, it is intended discuss the role of Consumer Law and Economic Criminal Law, respectively, in regulating and punishing producers and companies that do not ful fill their duty to informa bout the transgenic origin of the food, from the point of view of the precautionary approach.

Keywords: Genetically Modified Organisms (GMOs); Consumer Law; Economic Criminal Law; Precautionary Approach.

Submissão: 23/03/2020

Aceite: 27/06/2020

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A alteração proposta pelo Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 34/2015 (PLC n.º 34/2015), originalmente Projeto de Lei n.º 4148/2008, de autoria do então deputado Luis Carlos Heinze (PP-RS), é objeto de intensos debates dentro das casas do Poder Legislativo. Por isso, é importante entender o seu conteúdo ao lado dos princípios e das regras que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a relevância do debate está relacionada aos perigos que uma enxuta intervenção legislativa pode ocasionar ao sistema jurídico.

O PLC n.º 34/2015, em síntese, modifica a Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), tornando-a mais transigente no âmbito das regras de reconhecimento e de rotulagem dos produtos que contenham material transgênico. A atual redação do seu artigo 40 prescreve que todos os alimentos ou ingredientes, destinados ao consumo humano ou animal, que contenham Organismo Geneticamente Modificado³ (conhecido pela sigla OGM) ou derivados, deverão prestar informações acerca do elemento transgênico no rótulo dos recipientes ou invólucros que os contenham⁴. Tal redação sustenta, portanto, a exigência compulsória de informações no rótulo da embalagem do produto, desde que este se encaixe nos requisitos em lei.

As informações devem constar independentemente da porcentagem de OGM na composição do produto. No entanto, a mudança legislativa propõe que somente produtos com quantidade superior a 1% de OGM na sua composição final tenham a obrigatoriedade de avisar o consumidor da presença dos transgênicos, além de extinguir o símbolo “T”, que é o aviso gráfico referente à presença de OGM. Além disso, o projeto de lei propõe outro critério para averiguar a quantidade de transgênicos no produto, com o fito de tornar a análise quantitativa mais precisa e garantir que a informação repassada ao consumidor é verossímil.

3 De acordo com o Decreto n.º 5.591/2005, organismo geneticamente modificado é o organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética. Dessa forma, consideramos neste trabalho sinônimos OGM e transgênico, ainda que este seja uma espécie daquele, como sustenta Alves (2004, p. 4).

4 “Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento” (BRASIL, 2005).

Especificamente em relação aos OGMs, de acordo com a comunidade científica que estuda os seus efeitos na saúde humana e no meio ambiente, ainda não há consenso sobre a nocividade e periculosidade, ou se realmente existe algum perigo no seu uso em lavouras e na alimentação humana.

O que se pretende, neste ensaio, é demonstrar que esse movimento legislativo em prol de uma mitigação das informações sobre a presença de OGM, concomitante com o estabelecimento de um piso de porcentagem para que seja veiculado o aviso e a mudança de critério de análise de uso de transgênicos, pode, no final das contas, deflagrar uma violação ao direito que o consumidor tem em ser informado de maneira clara, transparente e compreensível, sobre as condições de preparo e de composição do produto que encontra no mercado.

Nessa mesma linha de raciocínio, o defeito de informação (reconhecido a partir do momento em que há uma manifesta assimetria de conhecimento acerca do produto entre a pessoa do fornecedor e do consumidor), que seria resultado da própria proposta legislativa, ensejaria a tutela do Direito Penal do Consumidor (ramo especializado do Direito Penal Econômico), com as devidas ressalvas e particularidades.

Em defesa de interesses juridicamente tuteláveis, como a ordem econômica e a economia popular, cotejados com a vulnerabilidade dos consumidores e a garantia de segurança dos produtos expostos no mercado, elencam-se, dentro do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), tipos penais que visam incriminar, no máximo, a omissão de informações sobre a periculosidade ou nocividade do produto em circulação ou que está sendo projetado à circulação, ou, no mínimo, incriminar a omissão de informações relevantes para o consumidor.

Não só o consumidor, guardado fortemente pelas normas constitucionais, é um potencial ofendido com as novas pretensões legais, mas também o meio ambiente, que pode ser alvo dos OGMs, como, por exemplo, por meio da poluição genética, demonstrando que, enquanto se empreende esforços na defesa do consumidor, agraciarse-ia, lateralmente, o equilíbrio do meio ambiente, igualmente foco de proteção constitucional.

O foco de tutela consumerista é, com efeito, frustrar os riscos e as ameaças sob as quais as pessoas são expostas diuturnamente. Inclui-se, como já referido, à esfera dessa proteção, o meio ambiente. A questão dos transgênicos é, sem dúvida, objeto de afetação de ambos bens jurídicos, por isso que, neste trabalho, trabalhar-se-ão em conjunto. A proteção existencial da pessoa (na perspectiva de ser consumidor) influencia a (e é influenciada pela) proteção do ambiente em que vive ou que dele recebe interferência.

A questão que se coloca como o ponto de discussão neste trabalho é o direito e o dever de informação, delimitando os seus âmbitos funcionais e de titularidade, uma vez que a problemática dos organismos geneticamente modificados ainda é muito incipiente, além de abarcar uma imensa interdisciplinaridade. A referida informação que será posta em evidência se relaciona à divulgação do conteúdo do produto pertinente a seu envolvimento (ou não) com os OGM e às consequências da omissão de informações relevantes, especialmente na seara criminal.

A problemática deste ensaio será trabalhada por meio de doutrina, com ênfase em Direito Penal Econômico, Direito do Consumidor e Constitucional. Além disso, serão utilizados a legislação nacional e os tratados internacionais pertinentes ao tema e relatórios e artigos para melhor esclarecer o assunto. Por fim, notícias, notas técnicas e decisões judiciais relevantes, que também encontram espaço nos assuntos tratados, serão igualmente sujeitas à apreciação.

2. O ACESSO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO COM BASE NA LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI N.º 11.105/2005)

A Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), em seu art. 40, determina que produtos alimentares com destino ao consumo – tanto humano quanto animal – que possuam algum tipo de OGM deverão trazer essa informação em seus rótulos ou invólucros. Ou seja, é preciso que conste o aviso ao consumidor no rótulo do produto informando que o alimento possui algum tipo de organismo geneticamente modificado em sua composição ou origem.

A regulação dos requisitos e do aviso é disciplinada pelos Decretos n.º 4.680, de 24 de abril de 2003, e n.º 5.591, de 22 de novembro 2005, além da Portaria do Ministério da Justiça n.º 2658, de 22 de dezembro de 2003. Os decretos têm o fito de regular o direito à informação, no que se refere aos produtos alimentares que possuam OGMs, destinados ao consumo humano e animal, observando os mandamentos da Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). A referida portaria institui a disposição do aviso “T”.

Cabe, aqui, uma ressalva importante para o entendimento deste trabalho. O Decreto n.º 5.591/2005 regula, exclusivamente, a Lei de Biossegurança, e trouxe, na redação do seu art. 91, uma mudança significativa quanto ao requisito de obrigatoriedade de aviso. Até então, o Decreto n.º 4.680/2003 obrigava, apenas, que os alimentos transgênicos com presença acima do limite de 1% deveriam avisar ao consumidor a natureza transgênica do produto em questão⁵.

No entanto, a partir do Decreto n.º 5.591/2005, entende-se que todos os produtos que possuam OGMs devem apresentar o aviso. O artigo 91, responsável por essa mudança, omite qualquer menção a quantidade necessária como requisito para que haja o aviso, inferindo-se que a quantidade de OGMs não é relevante, mas sim a sua simples presença nos produtos alimentares⁶.

O critério por trás do regulamento em vigor, conhecido como critério de rastreabilidade, não acarreta complexidade ou onerosidade para o fim que lhe é atribuído. A sua aplicação consiste em, basicamente, saber se foi usado algum tipo de espécie transgênica durante a sua fabricação (qualquer que seja a fase ou etapa), porque, assim sendo, será necessária a rotulagem determinada a alimentos transgênicos⁷.

5 “Art. 2.º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto” (BRASIL, 2003).

6 “Art. 91. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM e seus derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, na forma de decreto específico” (BRASIL, 2005).

7 “Explica-se: segundo a sistemática atualmente em vigor, disciplinada pela atual redação do artigo 40 da Lei n.º 11.105/2005, pelo Decreto n.º 4.680/2003 e pela Portaria do Ministério da Justiça n.º 2.658/2003, a identificação da origem transgênica é realizada com base na matéria-prima utilizada na composição do produto final, isto é, no início do processo produtivo. Assim, no sistema atual, basta que determinada espécie transgênica tenha sido utilizada para que advenha a necessidade de rotulagem do produto acerca da presença de OGM. A lógica

O aviso é constituído pela apresentação da letra “T” dentro de um triângulo equilátero na embalagem. Deve ser ocupado, no mínimo, 0,4% (quatro décimos de por cento) da área do painel principal, não podendo ser inferior a 10,82531mm² (ou um triângulo com laterais equivalentes a 5mm). Também é obrigatório o uso das expressões (uma delas): “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)”, “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”, “(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” ou “(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico”⁸.

Portanto, observa-se que, imediatamente, ao se deparar com o produto transgênico, o consumidor tem a percepção de que se trata ou não de um alimento dessa natureza, não restando dúvidas sobre sua procedência, ensejando-lhe um maior poder de escolha sobre o que deseja consumir, de acordo com sua consciência e intenção.

Da mesma forma, gera um incentivo aos produtores, relacionados direta ou indiretamente aos transgênicos, a elidirem o seu uso ou a aprimorar a técnica dos OGMs em pontos onde há controvérsia.

3. OS MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A PROJETO DE LEI DA CÂMARA N.º 34/2015

As novas formulações⁹ do PLC n.º 34/2015 para a Lei de Biossegurança, mais especificamente para o art. 40 da lei em questão, são de imenso impacto para o campo prático das relações de consumo e do meio ambiente.

é simples: havendo matéria-prima transgênica, deverá ocorrer a rotulagem. Observe-se que, dada a facilidade de se identificar a presença de OGM na matéria-prima utilizada no produto, não há necessidade de qualquer comprovação laboratorial” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *et al.*, [201-], p. 5).

8 Cf. Portaria do Ministério da Justiça n.º 2658, de 22 de dezembro de 2003 para maiores detalhes sobre as especificações gráficas.

9 O art. 40 da proposta legislativa estabelece que “Os rótulos dos alimentos e dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento” (BRASIL, 2015, p. 1). O projeto de lei também adiciona ao mesmo artigo três parágrafos.

A mudança propõe que apenas os produtos com quantidade superior a 1% de OGMs em sua composição final tenham a obrigação de avisar o consumidor sobre a presença dos transgênicos em sua composição. A justificação da adoção desse critério é, exclusivamente, decorrente de fatores econômicos, sem observar parâmetros científicos adequados¹⁰.

A porcentagem vem, por essas vias, excepcionar uma grande parte dos produtos que contenham OGMs, mas que, de maneira alguma, poderiam causar danos à saúde do consumidor. Isso decorreria da prévia fiscalização e avaliação das matérias-primas pelas autoridades competentes, por exemplo, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Isto é, as matérias-primas são presumidamente próprias para uso e consumo, mesmo que contenham OGMs, porque elas também são averiguadas em caráter antecedente. Novamente, é digno de registro que porcentagem se coloca como um filtro simples de caráter econômico, que visa ao barateamento da produção.

A outra proposta contida no rol de mudança na Lei de Biossegurança é a extinção do símbolo “T”, devendo o aviso ser feito somente por meio das expressões: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do produto) transgênico”, a depender do caso¹¹. A motivação dessa alteração se baseia, de acordo com o projeto de lei, no caráter desacertado e pejorativo do símbolo “T”¹².

Ademais, a justificativa também se alicerça sobre as normas regulamentadoras do comércio internacional. Menciona-se que esse tipo de informação, marcadas nas embalagens e nos invólucros, cria entraves para a circulação de produtos brasileiros em outros mercados que não têm a mesma preocupação. O *Codex Alimentarius*,

10 “Bem por isso, a fixação de quaisquer percentuais de presença passível de isentar a rotulagem, não segue nenhum conteúdo científico, mas sim, em verdade, econômicos, ou seja, custos gerados na “segregação” da matéria-prima convencional da transgênica, acima do limite de 1% no produto final” (BRASIL, 2015, p.7).

11 “Art. 40, § 1.º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, conforme o caso, “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico” (BRASIL, 2015, p.1-2).

12 “[...] intuito com a qual legislação em vigor tem ido de encontro, ao estabelecer frases e símbolos, sem conteúdo esclarecedor, ora inúteis, ora desinformantes, o que, em verdade, leva o consumidor a uma situação exatamente contrária àquela objetivada pela Lei nº 8.078/90”. (BRASIL, 2015, p.5).

por exemplo, não apresenta nenhuma disposição similar à legislação brasileira, demonstrando uma aparente contradição, pois se alarma como se perigoso fosse um produto consentido internacionalmente como permitido para consumo.

A Argentina, de acordo com a justificacão da proposta, considerou o Decreto n.º 4.680/03 como restritivo, apontando normas internacionais, aplicáveis ao Brasil, infringidas: art. 1.º, *in fine*, do Tratado de Assunção (sobre harmonizacão da legislação no MERCOSUL); art. 1.º, da Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) 22/00 c/c art. 2.º, “b”, anexo I do Tratado de Assunção (sobre a recomendacão de que não se adote medidas restritivas ao comércio no MERCOSUL); art. 2.º, da Decisão do CMC 06/96 (pertinente à harmonizacão de medidas fitossanitárias e sanitárias entre os países do mercado comum); art. 1.º, da Decisão do CMC 58/00 (insta que os países-membros adotem o Acordo de Barreiras Técnicas da Organizacão Mundial do Comércio. O Brasil, no caso, adotou-o); item 3.1, “a” e “b” do anexo da Resolução do Grupo do Mercado Comum 21/02 (não prescrever informacões falsas, equivocadas ou que não possam ser demonstradas nos rótulos e nas embalagens dos produtos). Dessa forma, a extincão dos obstáculos, na linha que defende o projeto de lei, beneficiaria os produtos brasileiros no mercado exterior.

Exclusivamente em relacão ao sinal “T”, as objeções se fundam, também, na equivocada compreensão de risco em desfavor do consumidor, porque o símbolo, regulado por meio da portaria já mencionada, é símile às placas de advertência, atencão ou existênciade risco, que são postos em lugares realmente perigosos, que, por exemplo, contenham radiação ou que provoquem um risco real de choque elétrico. A periculosidade e nocividade dos símbolos “primos” do “T” é muito superior em cotejo com alimentos que tiveram seus genes inseridos ou cortados por técnicas altamente especializadas e científicas.

Uma outra alteracão importante a se relatar é sobre a superaçãodo critério da rastreabilidade em prol do critério da detectabilidade. De acordo com a justificacão da *lege ferenda*, o atual critério de averiguaçãoda quantidade de OGMs encontrada no produto é injusto. Este critério se funda na rastreabilidade, que se resume na apresentacão de meios

de comprovação de uso (ou não) de transgênicos na cadeia produtiva, comprovado por meio de certificados, documentos fiscais, e dentre outros documentos que contenham a informação desejada.

Dessa forma, os produtos nacionais encontram dificuldade de concorrer com produtos internacionais no mercado interno, porque destes não é exigida comprovação alguma, tornando-se uma norma que prejudica os próprios produtos de origem nacional. A nova lei propõe o critério da detectabilidade, de acordo com a qual deve ser feita uma análise específica do produto em torno da quantidade dos transgênicos, considerando o piso de 1% para afixação do aviso meramente textual, como forma de trazer maior apuração técnico-científica na quantificação e evitar que matérias-primas transgênicas, acidentalmente identificadas pelo critério da rastreabilidade, sejam contabilizadas no juízo especializado de detectabilidade.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS MODIFICAÇÕES

É de se destacar o grau de profundidade decorrente da proposta. Dessa forma, não são poucas as exceções e objeções a ela. Para começar, o novo método de aferição por meio da detectabilidade é falho e com chances concretas de falsos negativos. O grande problema se encontra no fato de que, de acordo com a proposta de lei, a identificação seria feita por uma “análise específica” no produto final. Todavia, grande parte dos alimentos que contêm organismos geneticamente modificados são ultraprocessados, impedindo uma detecção verossímil do material genético modificado, que, nesse estado final, já se apresenta, na maioria das vezes, deteriorado e inservível para uma análise¹³.

Outra objeção relevante trata-se os impactos dos OGMs na saúde humana e no equilíbrio ambiental, contabilizados por meio

13 “O argumento é que vão ser obrigados a informar no rótulo os produtos que tiverem a identificação de transgenia em laboratório. É um detalhe técnico que dificulta ter essa informação porque, como a detecção só acontece se tivermos o DNA, o material genético do alimento transgênico, quase nenhum alimento processado, industrializado, vai ter o DNA inteiro para fazer essa análise. Então, no produto final, não necessariamente, vamos encontrar a prova laboratorial de que ele é transgênico. E o que importa para o consumidor é saber se a matéria prima usada no produto é ou não transgênica[...]” (VERDÉLIO, 2015).

da avaliação do risco, isto é, na probabilidade de ocorrência de um potencial ou conhecido efeito adverso à saúde ou ao meio ambiente. Aponta-se, como uma das causas, a incerteza das técnicas de engenharia genética, dificultando a mensuração dos riscos inerentes à atividade. Uma dessas incertezas é o fenômeno genético do *splicing*, que foge do controle humano e pode criar aberrações em uma escala maior do que a evolução natural conseguiria impedir. São essas incertezas que implicam na eventual toxicidade, alergenicidade e resistência a antibióticos dos OGMs, conforme Parecer n.º 15, de 21 de março de 2018, da Comissão de Assuntos Sociais, sobre Projeto de Lei da Câmara n.º 34, de 2015.

Assim, é insuficiente o conhecimento acumulado acerca do funcionamento dessas toxinas e desses alergênicos, advindos do produto modificado. Conforme o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica de 2000¹⁴, do qual o Brasil é signatário, em seus artigos 10 e 11, itens 6 e 8, na falta de matéria científica concreta e pacífica sobre questão controversa sobre organismos geneticamente modificados, é possível impedir a liberação de um produto modificado no mercado interno de um país, nos termos do Decreto n.º 5.705, de 16 de fevereiro de 2006.

Na mesma linha argumentativa, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ECO-92) proclama, em seu 15.º princípio, que “[...] quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

O panorama internacional indica que, se, por um lado, não há normas expressas sobre a afixação de avisos em produtos que contenham transgênicos, por outro lado, é cogente a precaução dos fornecedores de qualquer produto onde não reina a certeza científica sobre a sua não maleficência. O argumento de que os produtos brasileiros sofrem no mercado externo com o alerta revela mais uma

14 “CONSIDERANDO que descumpre compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no âmbito do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança que demanda que os países membros adotem medidas para assegurar a identificação de organismos vivos modificados nas importações/exportações, destinados à alimentação humana e animal (artigo 18. 2. a) – para tornar obrigatória a adequada identificação das cargas a partir de 2012 (decisão BSIII/10, item 7)” (CONSEA, 2015, p. 2).

transigência exacerbada dos nossos parceiros comerciais do que um eventual consenso sobre a mínima periculosidade.

Não se deve esquecer o impacto dos transgênicos na agricultura. Resultado disso são as ocorrências de desmatamentos e queimadas, culminando na perda da biodiversidade. Assim, a utilização em larga escala de transgênicos também é uma ameaça ao equilíbrio do meio ambiente. E, ao contrário do que é propagado pelos seus defensores, aumenta-se o uso de agrotóxicos¹⁵, sobrevivendo riscos reais aos aplicadores e aos consumidores, como o câncer (APREAA, 2018).

Prosseguindo, conclui-se também que a *lege ferenda* fulmina, precisamente, os interesses dos pequenos produtores rurais. De acordo com a nova proposta para o art. 40, § 2.^o¹⁶, aqueles que quiserem afixar a expressão “livre de transgênicos” em seus alimentos devem provar que, por meio de análise específica, nos mesmos meios daquela que quantifica o quanto de OGMs contém o produto, há total ausência de organismos modificados¹⁷. Esse novo procedimento é encarado como maléfico, evidenciando um retrocesso da lei, haja vista que prejudica principalmente a agricultura familiar, que, apesar de boa parte não utilizar transgênicos em sua produção, fica impedida de adicionar a vertente expressão, visto que a análise prescrita é técnica, complexa e dispendiosa (BORGES, 2018).

Na recomendação n.º 009/2015 do CONSEA, registram-se outras graves consequências. Dentre elas, chama atenção ao fato de que “penaliza os agricultores e as empresas alimentícias que optam por produzir alimentos isentos de ingredientes transgênicos acerca da afixação do ‘livre de transgênico’” (CONSEA, 2015, p. 1). Ademais, a medida confundiria o consumidor, pois aquele produto que não possuir o aviso “livre de transgênico” seria depreciado em relação àquele que o possui, ainda que ambos não o contenham de fato, pois

15 “Algumas sementes transgênicas são produzidas para, especificamente, tolerarem certos agrotóxicos que, em condições normais, são tóxicos para as plantas em que se devam utilizar” (CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA, [20--]).

16 “Art. 40, § 2.º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica” (BRASIL, 2015, p. 2).

17 “Art. 40, § 2.º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica. (BRASIL, 2015, p. 2).

somente o produto que se submetera a análise de detectabilidade carregaria consigo a frase (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *et al.*, [201-], p.6).

Outra objeção muito oportuna deve ser feita no que tange o meio de disposição do aviso meramente textual (ou seja, dispensando o uso do símbolo triangular com o “T”), proposto pelo PLC.

“Em uma país de analfabetos, não se pode fechar os olhos à realidade. Tomemos o exemplo do agrotóxico que, como sabemos, é comprado pelo fazendeiro, mas é aplicado pelo lavrador. Aquele tem condições de ler e compreender os “dizer”. Este, quase sempre, não. Daí que o dispositivo [art. 63, CDC] refere-se, além de “dizeres”, a “sinais”, ou seja, substitutivos gráficos capazes de suprir a incapacidade do consumidor em assimilar a informação imprescindível à preservação de sua integridade físico-psíquica (por exemplo, a caveira para designar produtos que causem perigo letal)” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 1228).

Posto isso, percebe-se que, apesar do pouco reconhecimento do que significa o “T” (BRANDÃO, 2017), este cumpre função de caráter informativo para aqueles que não têm a capacidade de leitura. Por uma questão de amplo acesso à informação, é de bom alvitre que a cautela informada pelo símbolo amarelo persista.

5. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E AO MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como outrora aludido, o consumidor goza de ampla proteção no ordenamento jurídico brasileiro e na ordem internacional. Não só o consumidor é alvo de intensas prerrogativas, mas igualmente o meio ambiente. Dessa forma, conclui-se, por bem, que a proteção de um deles deve implicar igualmente a uma proteção do outro, sem concessões ou ressalvas.

Em primeiro lugar, é lugar-comum o fato de que o Estado brasileiro pode ser qualificado como um Estado Constitucional Ecológico¹⁸, constatado no art. 225, *caput*, da CF, no qual se declara um direito a (e um correspondente dever de manter) um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Corroboram lateralmente para essa qualificação o art. 170, VI (princípio da defesa do meio ambiente) e o art. 186, II (preservação do meio ambiente como um dos requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural), ambos da Carta Magna.

Nesse Estado, a proteção e a promoção de direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos caminham lado a lado com os direitos e garantias do meio ambiente e de toda a sua conjuntura. Sintetiza, Sarlet (2018, p. 292), que, dessa forma, asseguram-se “as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida, aquém das quais poderá ainda haver vida, mas essa não será digna de ser vivida”.

Da premissa ecologicamente fundamentada, deve-se levar em conta, outrossim, a defesa do consumidor. A Constituição Federal é patente ao conclamar, em seu art. 5.º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Conclamação similar está fincada no seu art. 170, inciso V. A nossa Constituição dirigente enseja o exercício de um Estado regulador da atividade econômica, “capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável” (SARLET, 2018, p. 299).

Aduzidas as linhas mestras, compreende-se que o cânone da defesa do consumidor é, indubitavelmente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, este código construiu “um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-los [os consumidores] e efetivar seus direitos” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 66).

18 “[...] o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; [...] [assim como] o Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada [democracia adequada às exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro]” (CANOTILHO, 1999. p. 47).

O art. 4.º, inciso II, alínea “c” do Código de Defesa do Consumidor, concebendo as bases da Política Nacional das Relações de Consumo, reflete a ideia ora apresentada de forma satisfatória, haja vista a imperiosa presença do Estado no mercado de consumo (sem, contudo, interferir indevidamente nos princípios da livre iniciativa, prevista no art. 1º, inciso IV, da Constituição)

Ao consumidor, ora erigido como sujeito constitucionalmente protegido, foi contemplado uma série (não exaustiva) de direitos básicos no artigo sexto da lei consumerista: direito à vida, saúde e segurança (inciso I), à liberdade de escolha (inciso II), à informação (inciso III), à transparência e à boa-fé (inciso IV), à proteção contratual (inciso V), à prevenção e à reparação de danos morais e materiais (inciso VI), ao acesso à justiça e à inversão do ônus da prova (inciso VII), e, por fim, a serviços públicos adequados e eficazes (inciso X).

Normas de caráter constitucional e cível (do microsistema consumerista) não esgotam a profunda defesa dos interesses dos consumidores. Não se deve olvidar a participação do Direito Penal nesse rol de protetores (art. 61 e ss., do CDC), principalmente no âmbito do Direito Penal Econômico e sua ramificação, aqui em cotejo, o Direito Penal do Consumidor. Os interesses protegidos por esta ramificação estão, sobretudo, “vinculados às noções de qualidade (segurança e adequação) de produtos e serviços, de veracidade e não abusividade da publicidade, de suficiência de informações prestadas aos consumidores” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 394).

A função precípua que as normas penais consumeristas pretendem veicular é, antes de reprimir os sujeitos, proteger os consumidores dos riscos¹⁹ e dos eventuais danos a sua esfera físico-psíquica. Essa função vai além da clássica função preventiva, sobre a qual se pretendia evitar que os riscos concretos e reais fossem perpetrados pelos reincidentes ou intimidando os que ainda poderiam delinquir.

19 “[Os riscos] desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes *irreversíveis*, permanecem no mais das vezes fundamentalmente *invisíveis*, baseiam-se em *interpretações causais*, apresentam-se portanto tão somente no *conhecimento* [...] que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, *abertos a processos sociais de definição*” (BECK, 2010, p.27, grifo do original).

O novo enfoque da função preventiva é a precaução²⁰, que, admite-se, não se resume a uma norma de direito penal, mas uma norma-princípio de todo o ordenamento jurídico, encontrando respaldo legal no art. 3.º da Constituição, inciso I, onde está positivado o princípio da solidariedade (LOPEZ, 2013, p. 8).

Dado o cenário de incerteza e descrença em torno da discussão sobre os transgênicos, ora profundamente apresentada neste trabalho, o princípio da precaução pode participar de maneira proativa na eliminação das perturbações entre o ordenamento jurídico e as atividades de risco²¹. A partir do momento em que a ciência (e toda sua metodologia estritamente meticulosa e diligente) não consegue suprir respostas suficientemente convincentes sobre determinada questão, os mecanismos do direito se prestam em evitar um mal imprevisível, que porventura nem possa se efetivar, mas, por força do princípio da precaução, o risco já é o suficiente para ameaçar os bens juridicamente tutelados (COL, 2013, p. 336).

“É nesta antecipação da actuação preventiva que se joga a eventual autonomização da precaução como princípio - um momento em que não há certezas, em que inexistem consensos na comunidade científica, em que pairam dúvidas sobre a inocuidade de um produto ou actividade e ainda assim se dita uma restrição ou mesmo interdição, in dubio pro salute/in dubio pro ambiente” (GOMES, 2013, p. 197, grifo da autora).

20 “Os conceitos de prevenção e precaução são sinônimos de uma mesma espécie, na qual a intensidade do risco se manifesta em diferentes graus [...] a complexidade introduzida pela técnica na nossa sociedade altamente industrializada induz a adoção de práticas preventivas que perderam o esteio da certeza científica, transformando as administrações modernas em gestoras da incerteza. Chama-se-lhe precaução, prevenção alargada, prevenção antecipativa, ponderação de custo/risco, ponto é reconhecer a necessidade de adoção de uma dúvida metódica nos procedimentos de decisão em cenários de incerteza” (GOMES, 2013, p. 197).

21 Importante, nesse espaço, destacar trecho do voto vencedor da Ministra Cármen Lúcia, referendando o princípio da precaução em sede judicial: “O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tomando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio toma efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza” (STF, ADPF 101/DF, Rel. Min^a. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 04/06/2012).

Com imensa racionalidade, Moura e Caetano (2012, p. 47) aduzem que

“O princípio [da precaução] pretende cuidar e gerir o futuro e legitimar a intervenção dos poderes públicos em benefício da tutela ambiental nos casos de ausência de provas científicas conclusivas quanto ao risco envolvido”.

Os riscos deduzidos neste trabalho se inserem não somente na órbita ambiental, que também é relevante, mas, outrossim, na órbita da incolumidade do consumidor, como pessoa humana destinatária mormente de dignidade. Tanto em um, como em outro, o ordenamento jurídico tem o dever de acautelá-los dos perigos e das ameaças que a circulação de um produto controvertido pode consumir, baseando-se no princípio da precaução.

A precaução gera obrigações em face do empreendedor (fornecedor ou produtor) que veicula, em maior ou menor grau, OGMs. Uma delas é o dever informacional, na perspectiva de se explicitar, ao menos, o que está sendo posto à comercialização no mercado de consumo.

O dever de informação pressupõe um desequilíbrio informativo, uma vez que o fornecedor é o sujeito que conhece (ou que detém os melhores meios para conhecer) o produto como nenhum outro na relação com os consumidores comuns²². O direito subjetivo correspondente ao dever de informar (o direito à informação) não se resume em satisfazer um interesse de simplesmente conhecer o produto, mas de ser cientificado das suas circunstâncias adstritas e inarredáveis (FABIAN, 2002, p. 79). No caso, saber da origem transgênica do produto para, por algum motivo²³, evitar o consumo.

22 “Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* os fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional [...] significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 95).

23 “Há pessoas que não se importam em não comer produtos transgênicos. Os motivos podem ser de consciência (art. 5.º, VI, da CF), religiosos ou apenas medo. Tais razões podem parecer imprudentes, mas para respeitar o consumidor como sujeito o fornecedor deve levar estes rezeiros em consideração e informar sobre a modificação genética” (FABIAN, 2002, p. 85).

Dessa forma, os artigos 6.º, inciso III²⁴, 8.º²⁵, 9.º²⁶ e 31²⁷ do CDC garantem ao consumidor o direito de ser informado ampla e detalhadamente quando ainda na fase pré-negocial (a oferta). O fornecedor tem o dever legal de informar sobre todos os fatos relevantes que podem interferir na escolha do consumidor, quer seja para benefício do consumidor, quer seja para o malefício, ressaltando, com efeito, sua liberdade para rejeitar o produto ou aceitá-lo, estando ciente dos riscos.

Conforme o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro se empenha em evitar a consumação de riscos para a sociedade e para o meio ambiente. Assim sendo, é perfeitamente cabível a preocupação que se tem em torno da questão dos OGMs, dada a circunstância de dúvida científica e de fundado temor por parcela sensível da sociedade no tocante ao uso e consumo de transgênicos. Determinante e relevante é, via de consequência, a afixação do aviso (textual e gráfico) que alerta sobre a existência de OGMs nos produtos, bem como a manutenção do critério da rastreabilidade.

6. DIREITO PENAL ECONÔMICO SOB O VÉU DO DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR E A SUA RELAÇÃO COM O PROJETO DE LEI DA CÂMARA 34/2015

24 Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

25 Art. 8.º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

26 Art. 9.º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

27 Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

O Direito Penal, por sua vez, tem como tarefa tipificar condutas que afetam consideravelmente bens jurídicos valiosos na sociedade, quer sejam bens jurídicos individuais (como a vida de uma pessoa), quer sejam supraindividuais²⁸ (como a ordem econômica e o meio ambiente).

No campo de atuação consumerista, verifica-se a aplicação do Direito Penal Econômico sob a forma de Direito Penal do Consumidor, este que pretende reprimir as condutas violadoras do mercado consumidor. A tutela do Direito Penal do Consumidor se funda na exigência de “honestidade, transparência (boa-fé objetiva), respeito aos interesses existenciais e materiais do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 394).

É de bom grado salientar que não é exclusiva a função do Direito Penal do Consumidor consertar ou corrigir os defeitos ou suprimir as ameaças que maculam as relações consumeristas, porque o Código de Defesa do Consumidor (CDC) instituiu, outrossim, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado e incentivado pela Secretária Nacional do Consumidor (SENACON), cuja função precípua é articular o poder público e a iniciativa privada em prol de um mercado mais justo na perspectiva dos consumidores.

Trata-se o SNDC de um instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo, referida no art. 4.º, do CDC, que tem por objetivo, assim como todas as normas que derivam do CDC, “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo”.

28 “Esse aspecto supraindividual da tutela penal é entendido como a criminalização de condutas que dizem respeito a conceitos indeterminados, a exemplo da ordem econômica, que tem por escopo de proteger da coletividade. Com o avanço das relações sociais e o desenvolvimento do estudo doutrinário do bem jurídico, deixou esse de ser tão somente individual e determinado, como por exemplo, o patrimônio ou a integridade física, passando a ser amplo, podendo se citar a livre iniciativa, o bom funcionamento do sistema financeiro nacional e, como já citado, o desempenho satisfatório da ordem econômica, sendo esse um dos pilares dos direitos do consumidor. A dificuldade em se identificar os agentes dos delitos ligados à ofensa a bem jurídico supraindividual é patente a ponto de ter uma percepção social diferenciada do que se entende por marginalidade” (REIS; SILVA, 2015, p. 12). Na mesma linha, para Fiorillo e Rodrigues (1996, *passim*), o meio ambiente, também é um bem jurídico supraindividual, em razão da exegese do art. 225 da Constituição Federal.

Essa política funda um verdadeiro exército de defesa ao consumidor, pois além de admoestarem o poder público à assistência dos vulneráveis (por meio de Defensoria Pública, Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, Delegacia do Consumidor, Juizados Especiais, Varas Especializadas e estímulos a associações de defesa ao consumidor, todas elas sob a coordenação do SENACON), também delimitam, dentro das disposições do CDC, sanções em diversas áreas.

Percebe-se, portanto, que “[...] do comportamento ilícito do fornecedor no mercado de consumo pode encontrar, a um só tempo, sanções civis, administrativas e penais” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 395). Cabe aqui analisar a possibilidade de sanção penal nos casos de supressão do dever de informação no tocante aos alimentos transgênicos.

Pela *lege ferenda*, ora extensamente abordada, pretende-se diminuir o escopo da obrigação do fornecedor de demonstrar a existência de OGMs em seu produto oferecido ao mercado. De tal forma, como já demonstrado, cuida o projeto de evitar ao máximo a afixação de avisos, ainda que estes propiciem uma expansão da livre escolha do consumidor sobre aquilo que consome ou que tem pretensão de consumir.

O art. 66, do CDC, na sua literalidade, prescreve que afirmar falsa ou enganosamente, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços²⁹ é punível com detenção de três meses a um ano e multa, coexistindo modalidade culposa, esta sob pena de detenção de um a seis meses ou multa.

A norma extraída do artigo em epígrafe socorreria o consumidor naquelas situações (seja por dolo ou por culpa) em que há fortes indícios de falsos-negativos ou de fraudes sobre a existência de OGMs, tendo em vista a mudança da *lege ferenda* na parte sobre o critério de aferição

29 Semelhante tipificação se encontra na Lei n.º 8.137/90, a seguir:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

[...]

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

dos transgênicos do produto, que provoca dificuldade em detalhar o uso de transgênicos, como nos casos de produtos ultraprocessados.

Ainda mais rigorosa seria a punição advinda da subsunção ao art. 63, do CDC, nos casos de omissão de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade dos produtos nas embalagens. Especialmente se provada e assentada a real e séria nocividade ou periculosidade dos OGMs, não poderia a lei isentar de punição aqueles que deixarem de notificar (após o consenso científico) a presença de OGMs em virtude da escusa resguardada pela *lege ferenda*, alegando ser uma norma penal em branco, porque:

“[...] o legislador [consumerista-penal] brasileiro, nesse ponto, seguiu os passos do Direito estrangeiro, ao instituir um “dever genérico de informação” acoplado a um “dever genérico de segurança”, sempre a cargo do fornecedor, independente de qualquer manifestação da Administração Pública” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 1227).

Dessa forma, o projeto de lei tem como efeito reflexo, não necessariamente desejado, um maior espectro de atuação do Direito Penal nas relações dos consumidores.

Porém, é ingenuidade alegar, por ora, que esse efeito reflexo, de fato, acontecerá. Assim o é porque há:

“[...] uma subutilização da via penal para a tutela do consumidor. [...] O fenômeno [subutilização] aparece no plano normativo [...] e no plano factual, com uma certa vacilação, quando não perplexidade e relutância, da jurisprudência em dar aplicação adequada à criminalização eventualmente prevista pela Lei. [...] por uma ou outra razão, aí estão as portas abertas da impunidade ou, se preferirem, da imunidade, que cobre os delinquentes econômicos” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 1213).

Ou seja, a colmatção esperada do Direito Penal Econômico, em prol de garantir a informação sobre algo relativo à qualidade de vida do consumidor, pode ser uma vitória pírrica, haja vista que, no fim, o consumidor perderá mais se lhe for somente garantida a (improvável) tutela do Direito Penal Econômico no âmbito consumerista, porque ela pode nunca se efetivar.

Cabe mencionar ainda que “sendo infrações de menor potencial ofensivo, a competência para processar e julgar é do Juizado Especial Criminal, admitindo-se inclusive a suspensão condicional do processo [bem como a transação penal]” (REIS; SILVA, 2015. p. 21).

O defeito de informação subsistiria *a fortiori* na vigência da proposta de lei, contrariando todo o ordenamento jurídico consumerista. Sobejar-se-ia, para acalentar esse defeito, a aplicação dos arts. 66 ou 63, do CDC, mas é uma esperança pueril que se funda sobre o instrumento penal do consumidor que, infelizmente, é de prestatividade diminuta³⁰.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a situação demonstrada, percebe-se que o Projeto de Lei da Câmara n.º 34/2015 (PLC n.º 34/2015), originalmente Projeto de Lei 4148/2008, tende a diminuir o rol de informações que devem ser veiculadas aos consumidores em geral.

Guiado pelo princípio da precaução, não se deve abdicar de uma informação sobre um produto que pode trazer alguma nocividade ou periculosidade aos humanos ou ao meio ambiente, pois ela é fundamental para formar o convencimento livre do consumidor no ato de sua compra, bem como influenciar políticas públicas que pretendam reduzir os danos que, porventura, concretizarem-se.

Salienta-se, por fim, que a manutenção da medida, ora em risco de extinção pelo projeto de lei, cria um incentivo econômico para os produtores de transgênicos em prol do desenvolvimento de tecnologias confiáveis aos consumidores e seguras para o meio ambiente, haja vista que a necessidade da advertência se revela exatamente pelo cenário de incerteza. Findo tal cenário, a advertência certamente se esvaziará de justificativa.

30 Novamente, Herman Benjamin (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 1242) desaprova a impunidade dos crimes de consumo devido à patológica prática judiciária. “A certeza de impunidade dos crimes de consumo representa um grande incentivo à manutenção das práticas irregulares e até à sua generalização no mercado. Ao criminoso econômico não interessa, ou não é conveniente, a violação da norma com a prática de crimes tradicionalmente considerados “bárbaros” ou “de grande poder ofensivo”, como, por exemplo, o homicídio. Ao contrário, o infrator econômico prefere atentar contra a ordem pública por meio dos chamados “crimes do colarinho branco”, praticando-os em grande quantidade, convicto de que nada lhe acontecerá”.

Este trabalho não pretende, enfim, encerrar a discussão em torno dos alimentos transgênicos e a afixação do aviso. Pretende, aliás, acirrar o enfrentamento de teses que, somente por meio dialético e argumentativo, podem transformar a maneira como a população age quando se depara com esse tipo de alimento, de modo a evitar o consumo ou, por livre escolha, optá-lo e considerá-lo idôneo e inofensivo, de acordo com sua reserva de consciência.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, Gilcean Silva. A biotecnologia dos transgênicos: precaução é a palavra de ordem. *Holos*, Natal, ano 20, p. 1-10, out. 1995. Disponível em: <<http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/33/34>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

APREAA. Agrotóxicos podem causar câncer, apontam pesquisas. *G1*, Paraná, 8 mar. 2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/pr/parana/especial-publicitario/apreaa/noticia/agrotoxicos-podem-causar-cancer-apontam-pesquisas.ghtml>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRANDÃO, Gorette. Consumidor ainda desconhece símbolo presente em rótulo. *Senado Notícias*, Brasília, 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/projeto-reacende-debate-sobre-alimentos-transgenicos/consumidor-ainda-desconhece-simbolo-presente-em-rotulo>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. Decreto n.º 4.680, de 24 de abril de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 abr. 2003. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Decreto N.º 5.591 de 22 de novembro 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 23 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Decreto n.º 5.705, de 16 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 3, 17 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 12 set 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/L11105.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 13, 26 dez. 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/393963/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf/54200bc1-8c57-4d36-bf1e-2045fcff1919>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Projeto de Lei da Câmara PLC 35/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3436557&ts=1543009622462&disposition=inline>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2416537>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BORGES, Lizely. Comissão do Senado rejeita projeto que retira selo de transgênicos dos rótulos dos alimentos. *Terra de Direitos*, 22 mar. 2018. Disponível em: <<https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/comissao-do-senado-rejeita-projeto-que-retira-selo-de-transgenicos-dos-rotulos-dos-alimentos/22776>>. Acesso em: 29 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

COL, Juliana Sípoli. Organismos Geneticamente Modificados no Contexto da Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Org.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 322-353.

CONSEA (Brasil). Recomendação do CONSEA n.º 009/2015. Brasília, 6 mai. 2015. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/plenarias/recomendacoes/2015/recomendacao-ndeg-009-2015>>. Acesso: 2 nov. 2018.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. Soja transgênica: guia completo para você tirar todas as suas dúvidas. Disponível em: <<https://cib.org.br/soja-transgenica/>>. Acesso em: 31 out. 2018

FABIAN, Christoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso A. Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Carla Amado. A Idade da Incerteza: Reflexões sobre os Desafios de Gerenciamento do Risco Ambiental. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Org.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 195-212.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *et al.* Nota Técnico-jurídica sobre o Projeto de Lei n.º 4.148/2008 (PLC n.º 34/2015): Rotulagem de Transgênicos. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: _____; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Org.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 3-13.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOURA, Bruno; CAETANO, Matheus Almeida. A livre circulação de organismos geneticamente modificados e as cláusulas de salvaguarda: dois casos analisados sob a perspectiva do princípio da precaução na união europeia. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (org.). *Princípios do direito ambiental: atualidades*. Caxias do Sul: Educus, 2012. p. 41-75.

REIS, Ângelo Maciel Santos; SILVA, Felipe Carneiro Pedreira da. A (in)eficácia dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., 2015, Aracaju. *Direito, Globalização e Responsabilidade nas relações de consumo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 7-29.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL (Brasil). Parecer n.º 15, de 21 de março de 2018. Da Comissão de Assuntos Sociais, sobre Projeto de Lei da Câmara n.º 34, de 2015. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, p. 282, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=21331&seqPaginaInicial=281&seqPaginaFinal=290>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

VERDÉLIO, Andreia. Órgãos da sociedade civil alertam sobre fim da rotulagem de transgênicos. Agência Brasil, Brasília, 7 jun. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-06/orgao-da-sociedade-civil-alertam-sobre-o-fim-da-rotulagem-de-transgenicos>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

O PROBLEMA DA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE AFETIVIDADE

THE PROBLEM OF THE VALIDITY OF THE DATING CONTRACT
IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: AN ANALYSIS OF AFFECTIVITY

Danilo Porfírio de Castro Vieira¹

Adryell Bernardo Nogueira Feuerstein²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a validade e eficácia do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática se dá em razão da precária distinção entre união estável e relação de namoro. Assim, o contrato de namoro poderia ser uma solução para este problema. Ocorre que sua validade é posta em dúvida. Para dirimir esta controvérsia, será analisado o princípio da afetividade, norteador da autonomia da vontade no direito familiar. Posteriormente, estudar-se-á a concepção do direito de família mínimo. Será feita distinção entre união estável e namoro qualificado. O método utilizado foi o bibliográfico e jurisprudencial, tendo em vista o caráter teórico-argumentativo, e a forma de abordagem foi por meio de pesquisa dogmática, no intuito de verificar a coerência do sistema jurídico e seus elementos.

Palavras-chave: Afetividade. Autonomia da vontade. Contratos. União Estável. Namoro qualificado. Contrato de namoro.

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000), mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2003) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2018). Atualmente é professor titular de Relações Internacionais e Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e professor de Direito no Instituto de Direito Público do Distrito Federal (IDP). Tem experiência na área de Teoria Geral do Direito, Direito Civil, Direito Internacional e Filosofia do Direito.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2015). Atualmente é Advogado Sócio da SFS Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado

Abstract: The present work aims to analyze the validity and effectiveness of the dating contract in the Brazilian Legal System. The problematic issue occurs due to the precarious distinction between Stable Union and dating relationships. So, the dating contract could be a solution to this problem. But its validity is questioned. To settle this controversy, the principle of affectivity will be analyzed, which guides the autonomy of will in family law. Later, the conception of the minimum family law will be studied. A distinction will be made between Stable Union and qualified dating. It was used the bibliographic and jurisprudential method, taking into account the theoretical and argumentative character, and the form of approach was through dogmatic research, seeking to verify the coherence of the legal system and its elements.

Keywords: Affect theory. Autonomy of the will. Contracts. Common-law marriage. Qualified dating. Dating contracts.

Submissão: 22/04/2020

Aceite: 27/06/2020

INTRODUÇÃO

Dentro do processo histórico Ocidental, em especial a partir do século XX, as relações sociais, sejam no âmbito público ou privado, passaram por diversas alterações. Isso se deu em razão da valorização da autonomia e da subjetividade, que permitiu aos indivíduos buscar, de forma mais direta, um sentido solipsista de eudemonia.

Essas mudanças afetaram, diretamente, o instituto familiar, que passou a ser enxergado por uma ótica instrumental, a serviço da Dignidade de seus integrantes. A família, agora, passou a ser compreendida como uma entidade que tem como objetivo principal o desenvolvimento e a personalidade dos seus agentes, baseada no afeto e na solidariedade, e classificada como eudemonista.

Assim, a afetividade foi alçada a condição de princípio, responsável por orientar toda interpretação a ser realizada no ordenamento jurídico. O princípio da afetividade abraça uma nova tese: a do direito de família mínimo, que prioriza a autonomia da vontade.

Nesse sentido, a união estável é a expressão do exercício da afetividade como autonomia. Seus requisitos de reconhecimento são a diversidade de sexos, a publicidade, a continuidade, a durabilidade, o objetivo de constituir família (afetividade) e a inexistência de impedimento matrimonial.

Em razão de os requisitos serem extremamente amplos e subjetivos e tendo em vista que cresce o posicionamento de que a união estável tem natureza de ato-fato jurídico, diversos casais de namorados que detêm um relacionamento sério e duradouro se veem forçados a se proteger, optando por celebrar um contrato de namoro.

Através deste documento, as partes objetivam afastar, formalmente, os efeitos patrimoniais que podem advir caso seu relacionamento seja classificado como união estável. Assim, por dispor, principalmente, sobre questões patrimoniais, há, de fato, a constituição de um negócio jurídico, o qual deve observar a escada ponteana para gerar efeitos.

Deste modo, o objetivo desse artigo será analisar os institutos jurídicos que permeiam o tema e verificar se o contrato de namoro é válido ou não no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, utilizar-se-á o método de análise jurisprudencial e doutrinária. A abordagem, por sua

vez, ocorrerá por meio de pesquisa dogmática. Assim, será possível verificar se o contrato de namoro é coerente com o sistema jurídico vigente e seus elementos.

1. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Historicamente, a família observava um modelo hierarquizado e patriarcal. Existia um líder central, o homem, pai, chefe da entidade familiar e detentor de poder, também conhecido como *pater familiae*. O homem, portanto, era detentor da supremacia política, religiosa, paternal e marital. A mulher, por sua vez, detinha como responsabilidade apenas a execução de tarefas domésticas e a reprodução, criação e cuidado de seus herdeiros. O núcleo familiar, constituído solenemente, poderia ser resumido em uma unidade produtiva e reprodutora, no qual seus integrantes estavam sujeitos ao *domnus* patriarcal (MATOS, 1997, p. 24).

As revoluções liberais, as lutas trabalhistas e as Grandes Guerras foram as cadeias de eventos responsáveis pelo declínio do modelo acima exposto. Referidos eventos estenderam o discurso emancipatório à mulher e a reconheceram como parte fundamental no mercado de trabalho. Consequentemente, o gênero feminino passou a ter voz, autonomia e autoridade dentro da instituição familiar. Em função disso, também o ordenamento passou por mudanças, tais quais a possibilidade de exercício do poder/autoridade familiar e o divórcio.

O novo paradigma da família é a igualdade de todos os membros, razão pela qual passou-se a dar maior ênfase nas relações familiares em si em detrimento do aspecto econômico (PEREIRA, 2006, p. 179/180).

Na segunda metade do século XX, com o desenvolvimento do pensamento neoconstitucionalista, essas mudanças fundadas na autonomia e pluralidade são gradualmente reconhecidas.

Nas relações interpessoais, o aspecto subjetivo se tornou extremamente relevante e, principalmente, transparente. A individualidade do Homem passou a ser notada, e, conseqüentemente, sua liberdade em decidir como e com quem se relacionaria, tudo isso com base, estritamente, em seus interesses privados (CALDERON, 2017).

Sob essa nova ótica, o instituto da família também sofreu alterações, e passou a ser assim qualificado: (i) pluralizado, pois o casamento não é mais a única forma de constituição de um núcleo familiar; (ii) igualitário, pois o pátrio-poder não mais vigora, eis que substituído pelo poder de família, exercido, de forma conjunta, entre homens e mulheres; (iii) democrático, pois as relações não são mais hierarquizadas, de forma que não há mais distinção entre filhos e havendo possibilidade de o casamento ocorrer entre pessoas do mesmo gênero; (iv) biológico ou socioafetivo, pois a filiação não é mais hierarquizada e passa a ser constituída com fundamento na relação pública de afetividade; (v) dissolúvel, uma vez que os integrantes da família deixam de ser objetos para constituição do vínculo e passam a ser enxergados sob a ótica do afeto (GAGLIANO, 2011).

O indivíduo, portanto, passa a ser valorizado e enxergado para além do conjunto familiar que integra. Consequentemente, a família passou a ser vista como um instrumento para a satisfação emocional e afetiva de cada integrante que a compõe (CALDERON, 2017 / VIEIRA, 2015).

O afeto é inerente ao ser humano e a sua personalidade, porém o direito não é capaz de dimensionar os efeitos dos sentimentos, mas apenas as deliberações, decisões e efeitos vinculantes resultantes dessas escolhas. Logo, a afetividade para o direito não é amor, mas autonomia da vontade na constituição das relações familiares.

Assim, a família passa a ter uma nova feição, eis que compreendida como entidade cujo objetivo é promover o desenvolvimento e a personalidade de seus integrantes, pelo cuidado e solidariedade. Trata-se de um espaço de confiança e promoção da dignidade de seus membros (FARIAS, 2012).

Essa nova perspectiva sobre a organização familiar pressupõe, segundo a doutrina, a existência de três elementos essenciais: (i) a afetividade – o principal deles –, fundamento e finalidade da família moderna; (ii) a estabilidade, sinônimo de comunhão de vida e relacionamento contínuo, responsável por excluir, do conceito de família, os relacionamentos descompromissados e fugazes; e (iii) a ostensibilidade, que pressupõe o reconhecimento da entidade por toda a sociedade (LOBO, 2015, 72/85).

A afetividade como princípio do ordenamento jurídico é autonomia de vontade, exercício da autonomia privada na constituição fami-

liar e assunção de autorresponsabilidade, no dever de solidariedade, comunhão e assistência mútua.

Através dessa nova visão da família, estreitamente amparada no princípio ora em estudo – e de seu conceito como entidade eudemonista –, o Direito de Família abraça uma nova tese: a do Direito de Família mínimo, em que se prioriza a autonomia da vontade. Atribui-se à pessoa, e somente a ela, a escolha de com quem quer manter seu vínculo afetivo; a família passa a derivar, exclusivamente, da interna vontade de seus membros. Consequentemente, o Estado passa a intervir minimamente no que se refere a questões familiares (GAGLIANO, 2011).

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

A Constituição Federal da República de 1988 adotou o sistema aberto e não discriminatório, garantindo a proteção para todas as expressões de família. Assim, a formação e o planejamento familiares resultam da livre decisão dos indivíduos, estando vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. O Estado intervirá somente para tutelar direitos ou assegurar a proteção de indivíduos, em especial, aqueles em condição de vulnerabilidade (ALVES, 2012, p. 610).

A autonomia privada no Direito de Família ganhou destaque com a Emenda Constitucional n. 66/2010, que estabeleceu a desnecessidade de cumprimento de determinado prazo para a dissolução da união conjugal, em prol do reconhecimento da vontade dos cônjuges. Ainda nesse sentido, o artigo 1639, §2º, do Código Civil, traz a possibilidade de alteração do regime de bens no casamento durante sua constância, mesmo após os cônjuges terem pactuado diversamente no momento da solenidade. Sob o mesmo prisma, o artigo 731 do Novo Código de Processo Civil dispõe sobre a possibilidade de divórcio e inventário extrajudicial, por cartório, retirando a competência exclusiva do Estado jurisdicional para tratar de questões eminentemente patrimoniais.

Assim, a regra é garantir o direito da autodeterminação, a partir da compreensão de que as partes são dotadas de discernimento suficiente para estabelecer o tipo de relacionamento que melhor atende aos seus interesses, seja a “ficada”, o namoro, a união estável ou o casamento. Mas a exteriorização da decisão, a sua publicidade, é o que gerará o efeito co-

gente, a emanção de deveres resultantes da solidariedade e comunhão familiares. Logo, não se trata apenas de autonomia privada, faculdade de agir, mas de autonomia da vontade, a afetividade (autorresponsabilidade / VIEIRA, 2015 / 2019)!

A publicidade da afetividade é o que se denomina de sócio-afetividade, que estabelecerá o marco para o reconhecimento ou não das relações.

3. DA COMPARAÇÃO ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO QUALIFICADO

O estudo sobre a união estável deve ter como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, que foi responsável por reconhecê-la como entidade familiar, especificamente no artigo 226, §3º: *“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*. A Carta Magna ratificou a mudança de paradigma social, retirando o concubinato de seu histórico espaço marginal (relação aventureira ou de segunda categoria), dando um status jurídico equiparado ao casamento, com identidade quase que absoluta de pressupostos e com a possibilidade de ser convertida facilmente em matrimônio (MADALENO, 2013, p. 1068). Salienta-se que a expressão *“facilitar sua conversão em casamento”* não pode levar à interpretação de que há graus hierárquicos entre as entidades familiares. Todavia, casamento e união estável não são sinônimos, pois o primeiro decorre de formalidades e solenidades; ao passo que a segunda é tácita e não solene.

Sob a ótica do artigo constitucional mencionado acima, é possível conceituar a união estável como uma situação de fato entre duas pessoas desimpedidas de se casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, o que caracteriza uma entidade familiar. O artigo 1723 do Código Civil, diz que: *“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pacífica, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

Verifica-se, portanto, que não há necessidade de formas específicas para a formação da união estável, uma vez que se trata de situação de fato, razão pela qual é fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns elementos que a caracterizam, quais sejam: (i) diversidade de

sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituir família; e (vi) inexistência de impedimento matrimonial.

Quanto à diversidade dos sexos, cumpre esclarecer que, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação, por analogia, das regras das uniões estáveis heteroafetivas às uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo (DINIZ, 2017, p. 418).

A publicidade se refere ao fato de que a união estável é relação que, embora não precise ser notória, é conhecida no meio social dos conviventes, ou seja, perante vizinhos, amigos e parentes. São afastadas, portanto, relações do tipo dissimuladas, precárias e passageiras. Assim, o casal deve se apresentar como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha à posse do estado de casado. A relação clandestina, velada, à socapa, não é protegida pelo ordenamento jurídico. (VENOSA, 2017. p. 50).

A continuidade diz respeito àquelas relações em que há vontade expressa, por parte do casal, no que se refere à permanência e definitividade. Ou seja, relacionamentos eventuais não podem ser classificados como união estável, que pressupõe convivência contínua (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 435-436).

Ademais, para que reste caracterizada a união estável, é necessário que a relação entre os sujeitos possa ser considerada como duradoura, donde surge o adjetivo “estável”, responsável por qualificar a relação entre o casal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 435-436).

Neste ponto, deve-se consignar que não há exigência de prazo mínimo para a constituição da união estável. Assim, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, sob a ótica de todos os requisitos informadores do instituto, para que seja possível averiguar se há, ou não, união estável entre duas pessoas.

Esclareça-se que, antes da vigência do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico exigia um prazo mínimo de 5 (cinco) anos para o reconhecimento da união estável. Com a abolição deste requisito, a tarefa de classificação da relação foi atribuída ao Poder Judiciário, casuisticamente, razão pela qual cabe ao magistrado a função de verificar se, em cada caso levado à sua apreciação, há cumprimento dos requisitos exigidos pelo ordenamento para que reste configurada a entidade familiar ora em estudo (MADALENO, 2013, p. 1090).

Por sua vez, o objetivo de constituir família, ou *affectio maritalis/familiae*, é o elemento subjetivo essencial para a configuração de uma união estável. Isso porque, além do afeto entre os conviventes, deve haver intenção específica, um propósito firme, de constituição de família (GONÇALVES, 2017, p. 615).

Esse requisito é constatado quando se verifica que o casal exterioriza determinados tipos de comportamento no meio em que vive, tais como (i) a forma de se apresentar perante terceiros, referindo-se um ao outro como se casados fossem; (ii) a coabitação como efetiva rotina familiar; (iii) a frequência reiterada, conjunta em eventos familiares e sociais; (iv) cartões de crédito em comum; (v) contas bancárias conjuntas (MADALENO, 2013, p. 1103).

Neste ponto identifica-se a afetividade enquanto autonomia da vontade e a sócio-afetividade como publicidade, pois existindo a demonstração pública do *animus*, há de se reconhecer juridicamente a relação e seus efeitos, inclusive deveres. Do contrário, não podem ser qualificados como união estável aqueles casos em que o casal coabita e possui relacionamento íntimo, mas está junto apenas em razão de interesses econômicos, de divisão de residência ou república ou naqueles casos em que, por interesses profissionais, partilha um escritório (OLIVEIRA, 2003. p. 133).

O último dos requisitos, a ausência de impedimento matrimonial, é retirado diretamente do Código Civil, mais especificamente em razão do que determina o artigo 1.723, §1º, segundo o qual “*a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521*”. Assim, os impedimentos que representam obstáculo para que uma pessoa constitua vínculo matrimonial, que existem com amparo no interesse público e com forte conteúdo moral, também são aplicáveis àqueles que pretendem constituir uma união estável (GONÇALVES, 2017, p. 623).

Quanto aos efeitos patrimoniais, nos termos do artigo 1725 do Código Civil, aplica-se à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens – salvo contrato escrito entre os companheiros. De acordo com referido regime de bens, aqueles adquiridos durante a união formam a comunhão de bens do casal. Cada companheiro guarda para si os bens particulares que formavam seu patrimônio antes da união. Portanto, pode-se afirmar que há dois grupos de bens: (i) os

bens particulares dos companheiros, os quais eram de sua titularidade anteriormente à união e não se comunicam; e (ii) os bens comuns, adquiridos após a união, os quais, por sua vez, comunicam-se (VENOSA, 2017, p. 387).

Não há exigência probatória de se demonstrar que houve esforço comum na aquisição dos bens realizada durante a união para que referidos objetos sejam comunicáveis. Nesse sentido é o enunciado 115 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, segundo o qual há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante esse período (TARTUCE, 2016, p. 1352).

Caso a união estável seja dissolvida por ato entre vivos, há se falar em direito de meação e de alimentos; no caso de dissolução pela morte de um dos companheiros, o sobrevivente pode reclamar, além da sua meação, o direito à herança, direito real de habitação e direito a eventuais benefícios previdenciários, bem como pode se sub-rogar no contrato de locação de imóvel urbano em nome do companheiro falecido (FARIAS, 2014, p. 1169).

Quanto aos direitos sucessórios do companheiro, o artigo 1790 do Código Civil estabelecia critérios diferenciados quanto aqueles que se referem ao casamento. Todavia, no dia 10 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.964, declarou inconstitucional referido dispositivo de lei, de modo que, agora, aplicam-se as regras do artigo 1829 do Código Civil tanto para o casamento quanto para a união estável. Assim, o companheiro passa a ter direito à metade dos bens da pessoa falecida, tal qual ocorre no casamento, e não apenas a um terço, conforme previa anteriormente o ordenamento jurídico.

O namoro, por sua vez, não apresenta as mesmas características da União Estável.

Por não haver regulamentação específica, o namoro é configurado simplesmente pelo *animus* entre duas pessoas, que, muitas vezes de maneira informal, comprometem-se em estar juntas. Trata-se de fato social, o qual não exige requisito algum para que exista, de forma que é necessário, tão somente, o consensualismo entre as partes envolvi-

das. O namoro, portanto, não é classificado como entidade familiar, razão pela qual não gera deveres e/ou direitos, e se regula apenas pelos costumes e pela moral (TEIXEIRA, 2016). No namoro há afeto, mas não há afetividade!

Em síntese, namoro é relação entre duas pessoas, e, sob o ponto de vista jurídico, essa relação amorosa é informal. Seu objetivo é a troca de experiências entre os componentes do casal, a convivência com o outro, em nível muito inferior ao matrimônio. É a etapa que antecede o casamento e a união estável, tendo em vista que as partes somente atingirão esses *status* quando a elas for conveniente. É dizer, é delas o interesse para que a sua relação evolua. Destaca-se que o namoro é incapaz de, por si só, produzir efeitos, ainda que dure muitos anos. Isso porque nenhum dos indivíduos perde sua individualidade e liberdade perante o outro (SATIL, 2011).

Por ser fato social, a figura do namoro também evolui com as transformações históricas que recaem sobre a sociedade. Os namorados, outrora, detinham uma relação cautelosa, sem muita demonstração de afeto, ou seja, sem beijos e abraços, fatos que só passavam a ser realidade para o casal após um determinado tempo de espera e da aprovação familiar, a qual poderia ser inclusive considerada como um requisito para a consumação do relacionamento. Era comum que o casal se relacionasse na casa dos pais da moça, sob os olhares críticos e vigilantes de seus pais.

Atualmente, a situação é diferente, sendo mais aberta, com pública demonstração de carinhos, inclusive ardentes, e com boa margem de liberdade e intimidade entre as pessoas envolvidas, o que faz com que seja comum que passem fins de semana a sós, viagem rotineiramente e tenham relações sexuais regulares (OLIVEIRA, 2006. p. 328).

Vê-se que predomina o exercício tácito do relacionamento, construído, em regra, pelos costumes, observando a fidelidade, constância e transparência. Todavia, nada impede que alguns relacionamentos flexibilizem ou rompam com as convenções morais, a exemplo dos namoros “abertos”, relações eventuais ou mesmo aqueles relacionamentos mantidos em segredo pelo casal (RAVACHE, 2011).

Logo, por se tratar de mero fato social, o qual sequer é regulado pelo Código Civil, ainda que ocorra o rompimento do vínculo amoro-

so, não há efeitos jurídicos decorrentes do término do relacionamento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 135). O namoro não gera aplicação de regime de bens entre os participantes; não traz a eles direito de partilhá-los caso a relação não prospere; não gera direito à percepção de alimentos ou recebimento de herança; não gera possibilidade de exercício de direitos previdenciários em função dos fatos que eventualmente ocorram com a outra parte. As discussões patrimoniais postas *sub judice* decorrentes de um simples namoro serão discutidas estritamente no campo do direito comercial ou obrigacional, mas jamais nas varas de família. Reforça mais ainda esta questão o fato de que o namoro pode vir a ser classificado como uma sociedade de fato, mas jamais como uma entidade familiar (CUNHA, 2015).

3.1 Namoro simples x namoro qualificado. Relações que não se confundem com a união estável.

Em razão das múltiplas facetas que a relação ora em estudo pode assumir, a doutrina e a jurisprudência a classificam em duas: (i) namoro simples e (ii) namoro qualificado. Essas classificações não se confundem, pois são essencialmente diferentes, nos termos do que será a seguir demonstrado.

Trata-se, o namoro simples, de relação passageira, descompromissada, aleatória e casual; sem a formação de um vínculo afetivo sólido e incapaz de gerar confusões com o conceito de união estável; o casal não leva à frente compromissos ou cogita a possibilidade de constituir família (MADALENO, 2013, p. 1136-1338), ou seja, não há comunhão de esforços – e sequer vontade – para a construção de um futuro a dois (XAVIER, 2011, p. 81). Assim, não pode ser, de maneira alguma, classificado como união estável, pois essa relação não apresenta nenhum dos requisitos necessários para configurá-la, nos termos do que já foi estudado.

A expressão namoro qualificado, por sua vez, criada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2015, predicamenta um relacionamento com características limítrofes à união estável. Isto porque a relação que assume essa nomenclatura possui todos os requisitos da União Estável, quais sejam, publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família. Todavia, o último requisito é que diferencia os dois

institutos: enquanto no primeiro o objetivo que o casal tem é a constituição de uma família futura, na união estável a família já existe (*animus familiae - animus affectio* / TARTUCE, 2016. p. 1341).

Assim, namoro qualificado designa um relacionamento sério e maduro, entre pessoas que convivem conjuntamente, passam muitas horas do dia juntos, compartilham seguidos fins de semana, tem uma rotina cotidiana em comum, expressam fidelidade mútua, apresentam-se publicamente como se namorados fossem, dividem relações familiares. Todavia, no que concerne à constituição de família, não há nada de concreto. O casal apenas projeta que, no futuro, constituirá entidade familiar – e isso pode vir, ou não, a acontecer, ou seja, não há certeza alguma (MALUF, 2013, p. 371-374).

Em que pese a grande similaridade entre o namoro qualificado e a união estável, eles não se confundem, o que foi, inclusive, atestado pelo STJ. No julgamento do REsp 1.454.643/RJ, de extrema repercussão para o objeto de análise do texto, o Tribunal foi instado a se manifestar sobre o tema, em razão de pedido, nas instâncias ordinárias, de reconhecimento de união estável por parte de um dos integrantes do casal.

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDE-

RAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015)

Ao proferir o voto, o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze fez questão de diferenciar os relacionamentos ora estudados. Atestou, expressamente, que, muitas vezes, o liame que os diferencia é, unicamente, a intenção de constituir família, pois, no namoro qualificado, há apenas “o planejamento, a projeção de, no futuro, constituir um núcleo familiar”.

Na União Estável, há “necessariamente, o compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os conviventes”. Esclareceu o Relator que o propósito de constituir família – requisito imposto legalmente para que uma relação seja classificada como união estável – não pode ser reduzido a meras intenções, a simples planejamento, por se tratar de questão muito mais abrangente. Atestou que esse *animus* deve estar “*presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida. [...] É dizer: a família deve, de fato, restar constituída*”.

Portanto, a união estável restará configurada quando, cumpridos os demais requisitos, a família vier a ser efetivamente constituída. Não mediante a celebração de um ato solene, como o casamento; mas não somente com o reles objetivo de constituição de família – até porque, neste caso, até mesmo o noivado poderia ser considerado como união estável (CARVALHO FILHO, 2012, p. 2007-2008).

4. UNIÃO ESTÁVEL COMO ATO-FATO E O CONTRATO DE NAMORO

A doutrina e a jurisprudência gradualmente estão deixando de reconhecer a União Estável como ato jurídico em sentido estrito tácito, ou negócio jurídico tácito, e tendendo a reconhecer como ato-fato, o que

levanta algumas questões problemáticas sobre a exteriorização da autonomia da vontade (afetividade) e a subsequente dificuldade de distinção com o namoro, o que legitima a discussão sobre o contrato de namoro.

O ato-fato jurídico é uma expressão híbrida com características de fato jurídico em sentido estrito e de ato jurídico em sentido amplo. O Direito se depara com certos comportamentos humanos e opta por abstrai-los, valorando o resultado fático, relevando as intenções que porventura permeiem sua prática.

Independentemente de se falar de ato-fato nas relações familiares, a disposição sobre os atos jurídicos no direito de família já era tratada, de forma pacificada e sem celeumas, sob o prisma da afetividade como princípio jurídico: o sujeito tem liberdade para declará-la e manifestá-la, mas não tem liberalidade para dispor sobre seus efeitos.

Entretanto, no ato-fato, não se leva em conta a intenção de praticar o ato (irrelevante), mas o fato resultante, o que é contrário aos princípios da mínima intervenção do estado no direito de família e da afetividade. Daí a necessidade de se discutir o contrato de namoro.

Contrato é negócio jurídico por excelência, bilateral ou plurilateral, por meio do qual as partes estabelecem obrigações e deveres recíprocos, e será lícito desde que não haja vício de vontade e/ou consentimento. Com esteio na lição de Pablo Stolze e Pamplona (2011, p. 47), trata-se de negócio jurídico em que as partes, limitadas por princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, criam regras para reger a relação a ser criada entre elas, com finalidade específica, e em razão da sua autonomia de vontade. Caso o conteúdo estabelecido seja inobservado por qualquer dos contratantes, a ele será aplicável sanção por descumprimento (SIMÃO, 2007, p.3).

Contrato é acordo de vontades, a partir da observação do que determina a lei, cujo objetivo é adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos (PEREIRA, 2013, p. 22); com a finalidade de produzir efeitos jurídicos (RIZZARDO, 2002, p. 7). Assim, o elemento norteador do contrato é a vontade humana (AZEVEDO, 2004, p. 18).

Sobre os contratos incidem princípios formadores, os quais têm importante valor de justiça. Esses princípios são normas gerais, que constam de dispositivos normativos dentro do ordenamento jurídico

ou dele são extraídos por via argumentativa, e têm por finalidade nortear o Judiciário na apreciação de demandas que tenham por objeto relações contratuais (COELHO, 2014, p. 23).

O principal deles é o da autonomia da vontade, ao qual se dará ênfase neste artigo. Isso porque, conforme já estudado acima, o contrato surge da vontade humana, por meio da delimitação de efeitos, regras e sanções. Na concepção liberal, a autonomia privada é capacidade deliberativa e autorreguladora do homem, exercida na constituição de acordos, de contratos. Josseland, inspirado na tradição *jus romana*, afirmava “que dizer contratual é dizer justo” (“*quiditcontractual, dit justé*”), pois o equilíbrio entre as partes e o senso de justiça emergiria do próprio exercício racional da liberdade dos agentes (norma é fruto da liberdade). A liberdade pressupõe igualdade, fazendo dos manifestantes juízes comutativos de suas ações.

Logo, na autonomia privada, a norma resulta diretamente da deliberação, do consenso, pela estipulação livre, capaz (pressupõe racional) e legítima das partes igualmente reconhecidas. Os deveres nascem conscientemente da vontade, bem como as excludentes, que a mitigam. Na autonomia da vontade, o dever é um pressuposto racional, a autorresponsabilidade é inerente à deliberação e seus efeitos vinculantes nem sempre são previsíveis e aceitáveis pelas partes, mas devem ser assumidas.

O alicerce desse princípio é a ampla liberdade contratual, de modo que dispõem os contratantes do poder de disciplinar seus interesses através de acordo de vontades, o que gera efeitos tutelados pela ordem jurídica. As partes podem, portanto, decidir por celebrar ou não contratos, livres de qualquer interferência estatal. Podem, ainda, celebrar contratos disciplinados em normas jurídicas ou fazer combinações diferenciadas, o que dá origem aos chamados contratos inominados (GONÇALVES, 2017, p. 41). Logo, observa -se: (i) a liberdade de contratar, que consiste na faculdade que uma pessoa tem em realizar ou não determinado contrato; e (ii) a liberdade contratual, traduzida na possibilidade de os contratantes estabelecerem o conteúdo do contrato a ser assinado por eles (WALD, 1995, p. 162). São os contratantes os responsáveis por deliberar quanto à modalidade peculiar de seu negócio, sua redação jurídica própria, suas condições, obrigações, prestações e etc (PEREIRA, 2017, p. 21).

As partes têm a liberdade em não adotar os requisitos formais-legais para firmar contratos atípicos (PEREIRA, 2017, p. 22), o que previsto no artigo 425 do Código Civil: “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais neles fixadas”.

Portanto, pode-se afirmar que a vontade humana é o núcleo, a fonte e a legitimação da relação jurídica. Não a lei. E esse fato foi reafirmado pelo próprio Código Civil, mais especificamente através do parágrafo único do artigo 421, incluído pela Medida Provisória n. 881/2019, convertida, recentemente, na Lei n. 13.874/2019, cuja redação é a seguinte:

Art. 421: [...]

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (grifou-se)

O dispositivo legal minimiza a possibilidade de o Estado intervir em relações contratuais livremente estabelecidas, prevalecendo a vontade das partes. Haverá intervenção somente quando restar configurado vício, abusos ou ilegalidades na relação contratualmente estabelecida entre as partes.

Especificamente quanto ao Contrato de Namoro, as partes expressam suas vontades, criando ou se desonerando de vínculos, por meio do reconhecimento comum e recíproco da existência ou não de uma relação.

Como já abordado, o namoro é mero fato social, mesmo que seja classificado como qualificado, não sendo regulamentado pelo ordenamento jurídico. A união estável, por sua vez, é fenômeno fluido, considerado como ato-fato, com consequências patrimoniais extremas.

Por esta razão, diversos casais, ante a extrema insegurança jurídica trazida por esse quadro, a fim de resguardar, primeiramente, o seu patrimônio e, em segundo plano, o seu real interesse como meros parceiros, buscam pactuar um contrato de namoro (DIAS, 2015, p. 260). As partes, amparadas pelo princípio do *pacta sunt servanda*, buscam evitar a interferência Estatal em suas relações privadas. O objetivo é retomar o poder

de estabelecer, entre os contratantes e perante a sociedade, qual a relação que possuem, assim como possuir total controle dos efeitos jurídicos que sua relação deverá gerar, nomeadamente na esfera patrimonial, principalmente para não serem surpreendidos com um possível reconhecimento de união estável pelo Judiciário, em eventual litígio. Isso porque é notório que o Estado tem determinado uma evolução das relações interpessoais através de seus tribunais, atravessando muitas vezes os interesses das próprias pessoas que se encontram nessas relações (DIAS, 2015, p. 260).

O contrato de namoro pode ser conceituado como instrumento, público ou particular, celebrado por agentes capazes, com objeto lícito (vez que não há proibição legal neste sentido), e observância ao princípio da autonomia da vontade. Seu objetivo é estabelecer, de maneira formal, os limites objetivos de uma relação afetiva, com o intuito de afastar os efeitos da união estável (FREITAS; GONÇALVES, 2017).

Parte da doutrina entende que o documento ora em estudo pode ser, de fato, classificado como contrato, do tipo atípico, com forma livre (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2015, p. 280), cujo principal objetivo é afastar efeitos patrimoniais (MONTEMURRO, 2013). Há entendimento que o contrato de namoro constitui significativa declaração de vontade (objetivo de qualquer relação contratual), e que, inclusive, deve ser levado em consideração por julgadores, em caso de eventual disputa judicial que envolva fatos regulados pelo documento (FREITAS; GONÇALVES, 2017). Defende-se que um dos principais objetivos do contrato de namoro é evitar que, de uma simples relação entre o casal, possa advir enriquecimento indevido a um dos componentes caso o relacionamento não progrida (SILVA, 2016). É dizer, busca-se, precipuamente, garantir a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro dos namorados entre si (DIAS, 2016, p. 432), como também a não sujeição aos princípios da comunhão e solidariedade familiar.

Por meio deste contrato, as partes declaram que inicialmente não existe afetividade (não há *animus* ou há *animus* negativo), o que não se confunde com afeto, e que, se, eventualmente, o relacionamento chegar ao fim, a parte adversa não terá a faculdade de exigir, judicial ou extrajudicialmente, supostos direitos na posição de ex-companheiro (PARNOW, 2016). Tudo isso em resposta a grande insegurança jurídica trazida pela união estável.

É mister destacar que não há qualquer proibição legal que afaste a possibilidade de pactuação de contrato de namoro. Destaca-se, oportunamente, que o Código Civil, em seu artigo 425, permite a criação de contratos atípicos (RAVACHE, 2011). O contrato quando sujeito aos vícios de vontades e aos artifícios simulatórios, serão passíveis de invalidação.

A corrente majoritária, todavia, defende o oposto, ou seja, entende que o contrato é inválido. Isso pois, firmado, muitas vezes, no início do relacionamento, pode ser recurso simulatório, fraudulento, eivado vício e gerador de enriquecimento ilícito, pois busca maquiar a relação fática no intuito de impedir a configuração de diversos efeitos jurídicos trazidos em função de eventual reconhecimento de constituição de união estável entre o casal (DIAS, 2011, p. 172).

Expõe, também, que a união estável, ao contrário do casamento, não necessita de demonstração de *animus* (ato fato), sendo tutelada durante todo o período em que a partes se comportam como casal. Neste caso, automaticamente, as normas jurídicas que regulam o tema passam a incidir sobre o relacionamento (LÔBO, 2011, p. 172). A união estável é norma de ordem pública, e, como tal, não pode ser afastada pela vontade das partes, ainda que ela seja manifestada em contrato, de forma que referido instrumento não seria revestido de legalidade (ANDRADE JUNIOR, 2013), o que nos parece contraditório ao princípio da mínima intervenção estatal nas relações familiares.

Objetivo seria, portanto, burlar a Constituição Federal e o Código Civil, com o fim último de proteger a parte que possui patrimônio em detrimento daquela que nada possui, atitude que afronta, diretamente, os princípios da dignidade humana e da afetividade no direito de família (VENOSA, 2015. p. 474). Este tema foi abordado, de forma indireta, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, oportunidade em que o Relator (Desembargador Sérgio Schwaitzer) afirmou que “*nessa ordem de ideias, pela regra da primazia da realidade, um ‘contrato de namoro’ não terá validade nenhuma em caso de separação se, de fato, a união tiver sido estável*”.

Veja-se a ementa:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA POR MORTE. COMPANHEIRO. CONDIÇÃO NÃO OSTENTADA. UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA. NAMORO QUALIFICADO. REQUISITOS OBJETIVOS. PUBLICIDADE, CONTINUIDADE E DURABILIDADE PREENCHIMENTO. ELEMENTO SUBJETIVO (AFFECTIO MARITALIS). AUSÊNCIA. FORMAÇÃO DA FAMÍLIA. PROJEÇÃO PARA O FUTURO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. I. Tanto a união estável quanto o namoro qualificado são relações públicas, contínuas e duradouras (requisitos objetivos). O requisito subjetivo (affectio maritalis: ânimo de constituir família) é o elemento diferenciador substancial entre ambas. II. Na união estável, a família já está constituída e afigura um casamento durante toda a convivência, porquanto, nela, a projeção do propósito de constituir uma entidade familiar é para o presente (a família efetivamente existe). No namoro qualificado, não se denota a posse do estado de casado: se há uma intenção de constituição de família, é projetada para o futuro, através de um planejamento de formação de um núcleo familiar, que poderá ou não se concretizar. Precedente do STJ. III. Verificado, no caso concreto, que o Autor mantinha com a falecida um namoro qualificado, não faz jus à pensão estatutária por ela instituída. Embora a relação fosse pública, contínua e duradoura, não possuía o elemento subjetivo característico da união estável. O casal planejava formar um núcleo familiar, mas não houve comunhão plena de vida. (TRF-2 00047793820144025101 0004779-38.2014.4.02.5101, Relator: SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 04/03/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)

No mesmo sentido se manifestou a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando, em razão do ajuizamento de ação de reconhecimento e dissolução de contrato de namoro consensual, o Relator estatuiu que a “*pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico, não podendo ser posta em juízo para solução pelo Poder Judiciário*”.

Em seu voto, transcreveu o posicionamento adotado pelo magistrado de primeira instância, que se posicionou no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido decorre da ausência de previsão legal que reconheça o contrato de namoro.

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE CONTRATO DE NAMORO CONSENSUAL. Falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Inicial Indeferida. Processo Julgado Extinto. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 10254811320158260554 SP 1025481-13.2015.8.26.0554, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2016)

Verifica-se, pois, que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de entenderem pela nulidade do contrato de namoro no que se refere às cláusulas que tem por objetivo o afastamento ou impedimento de que seja reconhecida união estável entre o casal. Isso porque a união estável é um ato-fato jurídico, e, como tal, independe da vontade das partes para ser caracterizada, de forma que é suficiente o cumprimento de todos os requisitos legais para a sua configuração. Desta forma, cumpridos os pressupostos que qualificam uma relação como união estável, os efeitos jurídicos que decorrem dela não podem ser afastados pela vontade das partes. Isso porque a lei se sobrepõe a qualquer disposição contratual elaborada com o sentido de afastá-la, principalmente ao se considerar que se está a falar de normas de ordem pública.

5. DA QUEBRA DO PARADIGMA COM O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 881/2019, CONVERTIDA NA LEI N. 13.784/2019

A Lei n. 13.784/2019 instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado. É responsável por trazer modificações no Código Civil, através da alteração de redação de diversos dispositivos, bem como da inclusão de outros. A lei foi responsável por alterar a redação original do artigo 421 da legislação

civil, bem como por acrescentar a ele um parágrafo único. Observe-se a atual redação do dispositivo:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (grifou-se)

A lei em estudo pode ser responsável por alterar o entendimento majoritário no que se refere ao contrato de namoro. Não se deve aqui, entender que se busca reificar ou mercantilizar uma relação afetiva, mas trazer à discussão a importância da autonomia privada na condução das relações afetivas, pautadas pela intimidade e privacidade, ratificando a exigibilidade do princípio da mínima intervenção do Estado (Direito de Família Mínimo).

Assim, de acordo com essa nova interpretação, ao ser ajuizada demanda que verse sobre contrato de namoro, não poderá o Juiz se imiscuir na relação contratualmente firmada, pelo que deverá se ater aos termos estabelecidos entre as partes na minuta por elas criada. Ou seja, estará o magistrado restrito ao *pacta sunt servanda*.

Essa prática respeitará o direito das partes em decidir em que momento elas estão em seu relacionamento e os efeitos patrimoniais daí decorrentes, de forma que o Estado não poderá impor sua vontade sobre elas. Há que se destacar que é direito do casal escolher quando dar o próximo passo, e, conseqüentemente, assumir as conseqüências de sua escolha, nomeadamente as de cunho patrimonial.

Rememore-se que alguns doutrinadores defendem que o contrato de namoro ofende o princípio da dignidade humana, pois subordina a parte que não tem patrimônio àquela que tem. Todavia, o princípio outrora utilizado para negar validade do pacto em estudo agora poderá ser utilizado para defendê-la.

Isso porque fere o princípio da dignidade humana e da afetividade estabelecidas em razão deste último princípio, a ideia de impedir que

determinada pessoa, livremente, escolha os efeitos que suas relações amorosas gerarão. Deve-se destacar que os direitos que advém do reconhecimento de uma relação como união estável são, em sua maioria, de ordem patrimonial, os quais são plenamente disponíveis. Proibir que as partes contratem neste sentido viola direito de natureza existencial, qual seja, a vontade humana declarada de modo livre e de comum acordo entre os contratantes.

Assim, a legislação ora em comento, já em pleno vigor, vem trazer mais força a princípios contratuais já existentes no ordenamento jurídico, principalmente o da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade. Além do mais, traz mais segurança jurídica aos contratantes, que se veem resguardados no sentido de saber que o Estado não poderá interferir substancialmente no pacto por elas livremente firmado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da união estável como ato-fato é uma desconstrução perigosa, mesmo na seara familiar, sobre o sistema de tutelas em torno da autonomia. Ao se presumir a intencionalidade, em função de percepção de fatos, desconsidera-se a força da vontade, de modo que se abstraí o senso de realidade e torna ainda mais precários os critérios de identificação da união tácita, tornando-a mais fluida e insegura, causando receio em se estabelecer relações de afeto, como o namoro. No contexto retórico de alteridade e solidariedade, constrói-se uma sociedade solipsista, individualista.

Além da precarização abordada, existe uma contradição no reconhecimento da união como ato-fato, uma intervenção e imposição de posturas num sistema jurídico-principiológico que prega a mínima intervenção do Estado na organização familiar!

Juristas não têm compromissos com sonhos e utopias, pois essas metas são morais e individuais, e a afetividade não deve se sujeitar a abstracionismo, mas com a realidade, com o binômio vontade e facticidade.

Tendo em vista insegurança e intransigência, surge a opção dos namorados em documentar sua relação, restaurando sua autonomia

privada na perspectiva decisória negativa, principalmente no intuito de afastar os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável.

A doutrina é majoritária no sentido de defender a impossibilidade de o contrato de namoro gerar efeitos jurídicos no ordenamento. Os doutrinadores defendem que referido negócio jurídico tenta afastar norma de ordem pública, o que não é possível, nem mesmo pela vontade das partes. Argumentam, ainda, que referido documento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois subjuga aquele que menos tem patrimônio àquele que mais possui.

A jurisprudência, por sua vez, em que pese não haver muitos casos neste sentido, ao se manifestar sobre o tema é uníssona ao afirmar que referido negócio jurídico não gera efeitos, pois a união estável é ato-fato jurídico e matéria de ordem pública, de forma que existe independentemente da vontade das partes, desde que cumpridos os requisitos impostos pela lei.

Todavia, esse paradigma pode vir a ser alterado em razão do que determina a Lei n. 13.874/2019, responsável por incluir alterações no Código Civil que trazem uma visão mais liberal acerca do tema contratos. Para este trabalho, a principal delas se refere à inclusão do parágrafo único no artigo 421, que afasta a interferência do Estado nos contratos, ao atestar que eventual intervenção ocorrerá de forma mínima.

Deve-se também considerar o contrato de namoro na perspectiva da afetividade, como expressão de autonomia de vontade. Para que haja efeitos normativos próprios da união estável deve-se identificar publicidade constitutiva da relação, atingindo todos os elos interpessoais familiares, pois a afetividade é a autorresponsabilidade e alteridade produzidas pelas deliberações livres e públicas dos indivíduos, que optaram pela vinculação solidária na criação de um núcleo familiar.

A afetividade, independentemente de questões sentimentais, é a inserção da autonomia da vontade dentro do direito de família.

Assim, a visão sobre o contrato de namoro poderá vir a ser alterada, em nome dos princípios da afetividade, da autonomia da vontade como consequência da afetividade e da intervenção mínima do Estado (direito de família mínimo), de forma que prevalecerá a vontade das partes conforme estabelecido por elas no instrumento assinado. Poderão as partes afastar o Estado de suas relações pessoais, a fim de buscar o que

melhor as atende em determinado momento, fato que, ressalte-se, traz segurança jurídica ao relacionamento por elas vivido. Simplesmente, como manifestação de vontade, deve responder aos pressupostos de validade e à legalidade. Não pode ser um instrumento simulatório ou estar eivado de vício de consentimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. **O direito de família mínimo e o Ministério Público**. In: FARIAS, CRISTIANO CHAVES et al. **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2012, 3 ed.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- ANDRADE JÚNIOR, Roberto Azevedo. **O contrato de namoro. Casamento & Cia**. Disponível em <http://www.casamentoecia.com.br/index.php?option=com_vidaadois_home&content=outras&id=621>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra : Coimbra Editora, 1969
- CALDERON, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. rev atual. Rio de Janeiro: Editora FORENSE, 2017.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil comentado**. 6 ed. 2012. Editora Manole. São Paulo.
- CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CUNHA, Rodrigo Pereira. **Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável**. Revista Consultor Jurídico, 10 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namor-stabelecediferenca-relacao-uniao-estavel#author>>. Acesso em: 15 de jul. de 2019
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DICKSTEIN, Marcelo. **A Boa-Fé Objetiva Na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família**. 31. São Paulo: Saraiva, 2017, vol 5.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 4ª ed. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 11ª ed. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito civil: Contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4. t. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Ícone, 2005

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MATZENBACHER, Solange Regina. **Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai-abandono afetivo. E a família?** In: Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 35, n. 1, jan./jun. 2009.

NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Euclides de. **A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável, do Concubinato ao Casamento, antes e depois do novo código civil.** 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos.** 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução e Teoria Geral do Direito Civil.** 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família.** Belo Horizonte: DelRey, 2006.

RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** Jus Navigandi, ano 16, n. 2768, 29 jan. 2011. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/18383>. Acesso em: 15. jul. 2019.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011

SATIL, Priscila de Araújo. **Diferenciação entre namoro qualificado e união estável.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/diferenciacao-entre-namoro-qualificado-e-uniaoestavel/79824/>. Acesso em 13 de jul de 2019.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e venire contra factum proprium.** 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios Básicos de Direito do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente.** Leme: LED, 2001.

SOARES, Ronner Botelho. **Novas perspectivas para o Direito de Fa-**

mília brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>, publicado em 04/04/2011>. Acesso em 13 jul. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 878.964, Rel. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, julgado entre 19 a 25/10/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2016.

TEIXEIRA, Ivana. **Contrato de namoro.** Disponível em: <<<https://ivanateixeira.jusbrasil.com.br/artigos/314761196/contrato-de-namoro>>> Acesso em: 13 de jul. de 2019

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito das famílias: entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 10254811320158260554 SP 1025481-13.2015.8.26.0554, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2016

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2. Apelação n. 00047793820144025101 0004779-38.2014.4.02.5101, Relator: SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 04/03/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA.

VELOSO, Zeno. **Contrato de Namoro.** Disponível em <<http://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>>. Acesso em 15 jul. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro. **Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade.** Revista de Direito de Família e das Sucessões, São Paulo, v. 3, abr./mar. 2015

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro; CARVALHO, K. A. B. **O problema da capacidade jurídica da pessoa absolutamente incapaz: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais.** REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 12, p. 01-655, 2019.

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro; CUSTODIO, M. B. **Possíveis con-**

flitos entre direitos fundamentais decorrentes da autorização administrativa do nome e sexo no assento de registro civil de transgêneros. REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP, v. 22, p. 455-484, 2018.

VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro; BELEM, K. J. B. **A carta suicida como testamento particular.** POLIFONIA: REVISTA INTERNACIONAL. ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO n. 3. SÉRIE 2019 Outono/inverno

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos.** 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

XAVIER, Marília Pedroso. **O contrato de namoro: O amor líquido e o Direito de Família Mínimo.** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, página 81.

COLONIALIDADE E CONSTRUÇÃO NACIONAL: O PAPEL DO PENSAMENTO JURÍDICO NA DIVISÃO RACIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA

COLONIALITY AND NATIONAL CONSTRUCTION: THE ROLE OF
LEGAL THINKING IN THE BRAZILIAN SOCIETY RACIAL DIVISION

Felipe Montiel da Silva¹
Júlia Dutra de Carvalho²

Resumo: o estudo ora apresentado questiona a relevância de projetos de unificação nacional que silenciam a respeito da colonialidade das relações sociais. Em reflexo, o objetivo central da análise é delimitar o papel que as simbolizações raciais ocuparam na integração nacional e na constituição da posição subordinada que o Brasil ocupa em relação aos países de capitalismo central. Para cumprir o objetivo adotado o estudo observou como alguns juristas pretendiam solucionar o problema da integração nacional nos séculos XIX e XX. A referida investigação mostrou que a emergência do Brasil enquanto Estado-nação exigiu que o Direito e os juristas refletissem sobre a heterogeneidade racial do território brasileiro, evidenciando que raça e nação são temas vinculados à instituição do Estado nas zonas neocoloniais. A contradição havida entre a presença e a ausência da discussão racial na formação do Estado foi enfrentada a partir do método interdisciplinar, suspendendo-se, na materialidade, a abstração que orienta a doxa jurídica. Ao fim, a pesquisa concluiu que o combate à racialização das posições e espaços sociais é indispensável a projetos nacionais que almejem a materialização da independência política e econômica do território, evidenciado a limitação das simbolizações de nação despidas da referida característica.

Palavras-chave: Colonialidade; Racismo; Branquitude; Estado; Nação.

1 Mestre em Direito a partir do Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle (Canoas/RS). Graduado em Direito através da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Teorias Sociais do Direito (TSD) vinculado à Universidade La Salle. Advogado.

2 Possui graduação em Psicologia pela UFRGS e Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Mestra e Doutora em Psicologia Social e Institucional a partir da UFRGS. Professora da Residência Integrada Multidisciplinar em Saúde Mental Coletiva da UFRGS. Psicóloga Clínica.

Abstract: the present study questions the relevance of national unification projects that silence about the colonality of social relations. As a reflection, the central objective of the analysis is to delimit the role that racial symbolizations played in national integration and in the constitution of the subordinate position that Brazil occupies in relation to the countries of central capitalism. To fulfill the objective adopted, the study observed how some jurists intended to solve the problem of national integration in the 19th and 20th centuries. This observation showed the emergence of Brazil as a nation-state demanded that the law and jurists reflect on the racial heterogeneity of the Brazilian territory, showing that Race and nation are themes linked to the institution of the State in neocolonial zones. The contradiction between the presence and the absence of racial discussion in the formation of the State was faced from the interdisciplinary method, suspending, in materiality, the abstraction that guides the legal doxa. At the end, the research concluded that combating the racialization of social positions and spaces is indispensable for national projects that aim at materializing the political and economic independence of the territory, evidencing the limitation of the symbolizations of the nation stripped of that characteristic.

Keywords: Coloniality; Racism; Whiteness; State; Nation.

Submissão: 26/03/2020

Aceite: 27/06/2020

1. INTRODUÇÃO

A contar de 1822 o Brasil encontra a independência política, pretendendo instituir a moderna figura do Estado sobre relações sociais estruturadas pela colonialidade do poder imediata (QUIJANO, 2002, p. 13-14). No campo da produção, o trabalho remunerado era reservado aos descendentes da Europa, isto é, à branquitude³, extraindo-se a energia laboral dos corpos subalternamente racializados a partir da escravização racial fenotípica e de espécie de servidão⁴ igualmente racializada (OLIVELLA, 1989, p. 52; QUIJANO, 2005, p. 107-110).

O referencial teórico empregado na pesquisa em execução considera que a hierarquização racial implicou a deslegitimação cognoscente (CARNEIRO, 2005, p. 96), de forma que o grupo que controlou o reino da produção material passou a controlar o campo da produção dos sentidos sobre a realidade imediata. Na Modernidade, dentro do referido contexto, o euro-ocidente impôs a morte epistêmica dos me-

3 A noção de branquitude põe em evidência o papel e os benefícios extraídos pela identidade branca no jogo de oposição categorial que a antagoniza em relação aos corpos/espacos subalternamente racializados, isto é, negros e índios. Em Lourenço Cardoso (2010) o caráter deliberado da dominação racial ganha relevo a partir dos conceitos de branquitude crítica e branquitude (a)crítica. A branquitude, compreendida como pertença sócio-histórica, portanto, mutável, à identidade branca, pode assumir, por intermédio individual ou coletivo, postura crítica através da desaprovação pública do racismo. A branquitude (a)crítica, todavia, reside na identidade branca marcada pela conservação dos privilégios raciais forjados a partir dos históricos genocídios/epistemicídios que constituíram a branquitude como exteriorização corpórea do ocidente. Consideramos, ainda, que a branquitude comporta cisão geopolítica, ou seja, as *elites criollas* que habitam as neocolônias formam a branquitude local ou periférica, encontrando-se em condição de domínio em relação aos corpos subalternamente racializados na periferia do capitalismo. Em relação à branquitude central, ou seja, em relação aos sujeitos albergados pela identidade branca situados nos países centrais, a branquitude local cumpre papel subordinado, agindo, com relativa autonomia, em proveito dos interesses extrativistas (SILVA, 2019, p. 17-66) da branquitude central (SILVA, 2020).

4 Manuel Zapata Olivella suspende a benevolência do regime de servidão dispensado à população aborígene-americana. Ao analisar a Lei emitida pela Rainha Isabel em 1503 Olivella identifica que o novo regramento autorizava “o usufruto do trabalho pessoal de um indígena a favor de um colono espanhol, sistema inspirado na adjudicação de vassallos pelos senhores feudais (...). Um exemplo de como operava a repartição de servos nos brinda Gonzálo Jiménez de Quesada do relato que faz de suas proezas na conquista, pacificação e domínio dos antigos reinos de Zipa e Zaque nas planícies de Bogotá: ‘Capitão Juan de Céspedes, detentor das terras de Ubaque, Cáqueza e Subachoque, com mais de 1.500 índios; Capitão Antônio de Olalla, detentor da repartição das terras de Suba, com 900 a 100 índios (...)’ (OLIVELLA, 1989, p. 50).” A racialização subalternizada imposta ao “índio” não o humanizou, mas, o assimilou por meio do sincretismo e da morte física.

canismos de nomeação e criação da realidade dos povos ameríndios, africanos e afro-diaspóricos, ignorando, ao mesmo tempo, suas formas de autoridade política e suas formas de organização laboral e sexual (QUIJANO, 2002, p. 4; WOLKMER, 2003, p. 42).

Ao desprezo das condições de existência e participação da maior parte das pessoas que habitavam o Império brasileiro um pequeno grupo de homens brancos, isto é, pertencentes a tal identidade étnico-racial, passou a construir o Brasil com base em abstrações euro-ocidentais, compreendendo, em maior ou menor medida, que o Império carecia de bases culturais próprias, ou seja, a solução da questão nacional, aos olhos da branquitude brasileira, não devia atacar a estrutura das relações sociais composta pelos reflexos da colonialidade do poder imediata nas quatro áreas fundamentais da existência (QUIJANO, 2002, p. 4), mas, sim, o sistema educacional.

Como único grupo capaz de formular conhecimento abstrato e, portanto, universal (CASTRO-GOMÉZ, 2005, p. 58-59), isto é, em autolegitimação, a branquitude atribuiu a forja do Brasil a si, normalizando, a partir da simbologia científico-formalista, as vantagens sociais que insistem em entrincheirar a discussão racial a partir da transplantação ocidentalizada da luta de classe despida de aplicação material, isto é, da aplicação de uma espécie de idealismo material (QUIJANO, 2009, p. 105-114). No contexto, parte-se do pressuposto que a solução superestrutural posta em exercício no Brasil tende a ter contribuído – na melhor das hipóteses – com a construção de um projeto crítico-assimilativo.

Construídas as bases contextuais, pontua-se que a pesquisa operou a partir de abordagem interdisciplinar, atravessando o Direito por simbolizações que o retiram da abstração euro-ocidental. Para fins didáticos, contudo, o estudo foi estruturado em três partes.

A primeira delimita o conceito de colonialidade do poder, demonstrando como o emprego da taxonomia racial cindiu – e ainda cinde – a Modernidade entre humanos e sujeitos objetais. Na divisão, coube aos países centrais, em diferentes graus, a democracia, as liberdades e o Direito, reservando-se aos territórios periféricos relações sociais de vívido traço colonial. A mediação do corpo/espaco pela colonialidade do poder mediata e imediata anuncia a relevância da questão racial para formação das nações situadas em zonas neocoloniais.

O segundo trecho apresenta alguns problemas e soluções que o Direito descrevia e prescrevia para unificação política a partir da independência do Brasil, identificando no discurso de alguns juristas que simbolizaram a “questão nacional” a reivindicação por um sistema de educação autônomo habilitado a inculpir formas sociais genuinamente brasileiras. Ao recapitular as construções jurídicas clássicas sobre a fundação do Brasil a pesquisa coloca em evidência o jurista, isto é, corpo situado dentro de relações sociais marcadas pela colonialidade do poder imediata, apontando, a partir da materialidade, as razões que esconderam discussões estruturais da formulação do Estado brasileiro.

A terceira parte concentra esforços para demonstrar que a construção nacional depende da descolonização das relações sociais, exigindo contundente combate ao racismo e à conjuração formalística da democracia racial. Ao fim, o estudo questiona a relevância de projetos nacionais desvinculados do combate ao racismo como forma nuclear de colonização das relações sociais.

2. A COLONIALIDADE DO PODER E AS ZONAS NEOCOLONIAIS

Aníbal Quijano conceitua colonialidade do poder como forma nuclear de classificação social realizada a partir da categoria raça. A racialização enquanto forma de classificação social matriz constituiu o corpo/espço ocidental como dominante a partir da conquista das Américas, qualificando como racialmente dominado o corpo/espço autóctone-americano, africano, afro-brasileiro, etc.

A extração de riquezas do mundo colonial foi realizada por meio da estruturação racial dos corpos/espços, oportunizando o acúmulo que constituiu a Modernidade. As revoluções liberais, a democracia, a impessoalidade e a razão, no contexto, são expressões da Modernidade que convivem com a hierarquização social organizada por meio da colonialidade do poder.

O caráter imediato que qualifica a noção de colonialidade, por outro lado, está atento ao mundo como categoria sociológica (RAMOS, 1983, p. 301-306). Na medida em que a dominação e a exploração das Américas engendram a Modernidade e conferem origem à mundiali-

zação do euro-ocidente, a colonialidade do poder estrutura as relações sociais dos países de capitalismo central e dos países de capitalismo dependente. No contexto, o acúmulo das riquezas extraídas dos séculos de colonização compele o capital econômico à nova fase, conjugando a importação de mercadorias produzidas através dos insumos extraídos da colônia à importação de capitais (FANON, 1967, p. 148; MOURA, 1988, p. 220-222; MOURA, 1995, p. 53). O alcance do trabalho abstrato nas zonas de produção central causa efeitos nas colônias, construindo condições de possibilidade que as levam em direção à independência política.

Fica evidente que as relações entre centro e periferia são, ao mesmo tempo, relações entre espaços constituídos por corpos mais ou menos homogêneos e mais ou menos heterogêneos, indicando que os séculos de dominação racial articulados pela colonialidade do poder estruturam os países de capitalismo central de maneira mediata e os países de capitalismo periférico de maneira imediata (QUIJANO, 2002, p. 13). É possível, contudo, ir além.

A estruturação racial da divisão do trabalho e das relações sociais aparece de maneira explícita nas zonas neocoloniais, ou seja, nos países que alcançaram a independência política relativa na fase monopolista do capitalismo (MOURA, 1988, p. 236; SODRÉ, 1964, p. 165). Convém destacar que a imediatividade da estruturação racial guarda vínculo com a racialização do espaço e dos corpos que o habitam, definindo, assim, que a racialização do espaço oportuniza a racialização dos corpos enquanto a racialização dos corpos produz a racialização do espaço. A simbolização das Américas como espaço de habitação de corpos negros e indígenas, isto é, corpos subalternamente racializados pelo euro-ocidente, a aprisiona em um contínuo processo estruturador e estruturante de racialização, constituindo, no presente, relações sociais imediatamente estruturadas pela colonialidade do poder que obstaculizam, ao normalizar (BOURDIEU, 1989, p. 11), a distinção havida entre corpos racializados de maneira imediata, negros e índios, e corpos racializados de maneira mediata, branquitude local.

A libertação dos espaços neocoloniais passa pelo reconhecimento da racialização imediata e mediata dos corpos que o constituem, oportunizando, a partir daí, a emergência da unidade política indispensável ao esgotamento da estruturação racial que subjuga o corpo/espaço periféri-

co em relação ao corpo/espço central. O aspecto (i)mediato da colonialidade, portanto, aparece como condição do mais-valor permanentemente extraído do corpo/espço periférico pelo corpo/espço central.

3. OS JURISTAS E A CONSTRUÇÃO NACIONAL

Após a independência política o Brasil passou paulatinamente a encarar o dilema da construção nacional, isto é, como alcançar a legitimidade e unidade do território longe da autoridade política portuguesa? Mesmo que o Brasil estivesse organizado na forma Imperial era preciso criar um conjunto de regramentos administrativos próprios que garantissem e intuitivamente determinassem as relações sociais. A criação do aparato administrativo brasileiro estava vinculada – por força das determinações do colonialismo – ao imaginário metropolitano das revoluções inglesa, americana e francesa, atribuindo-se às Faculdades de Direito a tarefa de criação da estrutura administrativa e da unidade nacional (ALMEIDA, 2018, p. 82).

A regra, portanto, encontrou confirmação. Instituições superiores de ensino estruturadas por meio da simbolização euro-ocidental foram eleitas para forjar o Brasil, elegendo-se, em consequência, o sujeito cognoscente que as compunham e ainda, basicamente, as compõem. Paulino José Soares de Sousa (1807 a 1866), também conhecido com Visconde de Uruguai em decorrência do título nobiliárquico que lhe fora atribuído, é personagem importante na análise do pensamento nacional e integra a branquitude legitimada para simbolizar o Brasil. Antes de tornar-se Visconde de Uruguai Paulino José Soares de Sousa alcançou o grau de bacharel em Direito a partir da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, hoje conhecida como Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Após a independência do Brasil as Escolas de Direito receberam a missão de forjar a identidade e a forma nacional de acordo com as especificidades demandadas por um processo político soberano (SCHWARTZ, 1993, p. 141-142; WOLKMER, 2003, p. 92-106). O Visconde de Uruguai, bacharel em Direito, magistrado e estadista, isto é, membro da elite material e simbólica engajada na construção nacional,

contribuiu para a formação da administração pública nacional com as obras “Estudos práticos sobre a administração nas províncias (1865)” e “Ensaio sobre direito administrativo (1862) (RAMOS, 1983, p. 260).” Mas muito mais importante do que isso: comprometido com a construção nacional Paulino recusa a máxima a partir da qual instituições exógenas possuíam predicados ínsitos, ou seja

Ao contrário da maioria de seus contemporâneos, condenou a transplantação literal e mecânica de instituições políticas e administrativas, nas quais se negou sempre a reconhecer virtudes intrínsecas. Para ele não havia instituições intrinsecamente excelentes. Por isso, a criação das instituições no Brasil deveria ter em vista as condições efetivas e as particularidades histórico-sociais do meio nacional (RAMOS, 1983, p. 260).

A abordagem adotada por Visconde de Uruguai não era totalmente contrária à instalação de instituições européias e norte-americanas no Brasil em formação, mas impunha restrições à transplantação irrestrita, ou seja, aduzia que a importação de modelos político-administrativos exógenos fosse realizada com o filtro da redução sociológica, considerando o saber comparado como fator subsidiário em proveito da produção simbólico-institucional do Império (RAMOS, 1983, p. 265). Deveria o Brasil, pois, atentar às particularidades históricas tidas como relevantes, adotando a centralização político-administrativa em detrimento das teses que previam a alocação do poder administrativo e político nas oligarquias provincianas. A centralização político-administrativa, em última instância, pretendia a criação da unidade política sem a qual não haveria espaço para instauração da ideia de povo⁵, na-

5 No referido ponto Guerreiro Ramos está a avaliar com a mais minuciosa atenção as particularidades do pensamento do Visconde de Uruguai, buscando traços que possam contribuir com a emergência do que Malomalo (2010, p. 105) designa como nacionalismo emancipatório, ou seja, ideologia de união nacional que busque a libertação política e econômica dos territórios neocoloniais. No que tange à categoria povo, Malomalo a situa com base em Guerreiro Ramos como agrupamento de pessoas conectadas entre si a partir da divisão social do trabalho. De pronto, infere-se que a noção de povo é própria da forma social capitalista, uma vez que surge da relação produtiva moldada pela divisão social do trabalho. Ademais, a noção de povo exige o compartilhamento de determinadas crenças elevadas ao grau de preponderantes ou, mais especificamente, ao grau de oficialidade. As crenças conjugadas à divisão social do trabalho formam o ideal comum e a consciência que projeta as ações do povo.

ção e soberania (RAMOS, 1983, p. 261). Importa considerar que Visconde de Uruguai adota postura elitista ao considerar que a construção das instituições nacionais fosse atividade privativa dos detentores de capital simbólico formados nas escolas superiores do Império brasileiro, ou seja, nas escolas de Direito de São Paulo e Olinda.

Em direção ao governo e à organização social dos “cultos” ou dos “bacharéis” surge também os programas político-administrativos de Sylvio Romero (1851 a 1914), Alberto Torres (1865 a 1917) e Oliveira Viana (1883 a 1951). A construção da ponte que liga formalismo – *distância entre a prescrição normativa e a ação social* – à construção nacional não abre mão de breve resgate das concepções de nação dos estadistas elencados acima.

Sylvio Romero e Alberto Torres, pensadores de suas épocas, consideraram com certa similitude que a questão nacional ou problema nacional brasileiro derivava do aformismo, isto é, ausência de forma político-institucional própria que impedia o surgimento da identidade nacional (RAMOS, 1983, p. 263-266). De modo particular, Sylvio Romero compreendia que o Brasil não possuía bases culturais suficientes para erguer instituições próprias, ou seja, para Romero o formalismo derivava das condições históricas do espaço geográfico nacional, mostrando-se indispensável, em decorrência da falta, a importação de modelos teórico-institucionais externos.

Guerreiro Ramos (1983, p. 264) qualifica o reclame de Sylvio Romero como antecipação do famoso enunciado atribuído a Vladmir Vladimirovitch Maiakovski, poeta soviético, para quem “sem forma revolucionária não existe arte revolucionária.” Sem forma nacional, na lógica de Romero, não havia espaço para genuinidade simbólica, isto é, para construção de sentidos nacionais próprios, razão pela qual o Brasil estava condenado a importar – ao menos em curto prazo – saberes exógenos. A ausência de estrutura simbólica própria impunha a transplantação e – como consequência – o distanciamento entre prescrição normativa e ação social, fazendo com que “(...) nas condições do Brasil, o formalismo” e “a transplantação (RAMOS, 1983, p. 264)” fossem inevitáveis.

O pensamento de Sylvio Romero não reconhece as instituições derivadas do sistema-simbólico das etnias autóctone-americanas e das etnias afro trazidas à força ao recém instituído Império brasileiro. A impossibilidade de reconhecimento dos sistemas-simbólicos não

ocidentais verificada em Romero acaba por impor a transplantação, comprovando que o processo de independência brasileiro advém do próprio formalismo combatido pelo referido estadista. A não pertença do descendente dos corpos europeus o faz hesitar frente ao frágil rompimento com a metrópole. Nem europeu, nem brasileiro, muito antes ainda negro, índio ou mestiço. Ao descendente do europeu resta o imaginário metropolitano e o desejo de se tornar substancialmente metropolitano, isto é, “universal” (FANON, 1967, p. 89-90).

A assimilação – integração subalternizada a sistema de sentido dominante a partir da concessão de benefícios residuais – que compõe o sistema-simbólico constituinte do pensamento de Sylvio Romero o impelle, portanto, a combater o formalismo com o formalismo, militando pela construção de um modelo social heterogêneo – *que concentra em altíssimas doses de dualidade, p.ex. sofisticado/rudimentar* – hábil, todavia, ao rechaço das formas simbólicas insurgentes e verdadeiramente independentes. A máxima seria algo como: subdesenvolvido e dependente? É verdade. Mas, de origem européia e com traços significativos de brancura.

Na mesma lógica que compunha o pensamento do Visconde de Uruguai em relação aos problemas do formalismo, Sylvio Romero admitia que

uma política esclarecida, confiada a homens capazes de “escolher e selecionar ideias e instituições estrangeiras” “deliberadamente”, do ponto de vista particular de nosso país, poderia conduzi-lo, senão a superar, sem dúvida, a atenuar os males do formalismo e da transplantação (RAMOS, 1983, p. 264).

O formalismo, portanto, era meio em direção ao alcance de um fim. Embora considerasse que a transplantação – *importação de instituições e simbolização exógenas sem redução sociológica, ou seja, análise crítica de acordo com a realidade* – devesse obedecer a critérios que atendessem a construção da unidade nacional, a construção específica dos critérios de unidade deveria repousar sob os cuidados de um grupo seletivo de homens eruditos e investidos das liturgias necessárias para produção do poder simbólico. Mais uma vez, isto é, no pensamento de mais um estadista responsável pela criação do Brasil, se assiste a criação de critérios arbitrários articulados de cima para baixo dos estratos sociais (RAMOS, 1983, p. 264).

Alberto Torres, por sua vez, compreenderá a semelhança dos problemas de formulação nacional nos países da Latino-América, justificando, em espécie, a particularidade das condições de cada um (RAMOS, 1983, p. 265) em relação aos espaços geográficos de industrialização plena, uma vez que

(...) as nações de origem remota e lenta evolução não conheceram, nem conhecem, o problema nacional nos termos dramáticos em que se apresenta para os países recém libertos do estatuto colonial, pela mesma razão porque os herdeiros de grandes fortunas desconhecem o problema da formação estrutural de seu organismo (TORRES, 1938, p. 93).

Se Sylvio Romero arranha a herança colonial como fator constitutivo da peculiaridade das condições sócio-históricas do Brasil, Alberto Torres imputa ao colonialismo – *controle metropolitano do modo de produção e da política da colônia* – o relativo “atraso” constatado nas zonas que pouco a pouco obtinham a “concessão de independência” política, considerando, ainda, especificidades entre os espaços (neo) coloniais. Conquanto tenha capitado *peça* crucial de formulação dos espaços (neo) coloniais ou, mais tarde, de capitalismo dependente, Alberto Torres considerou na companhia de Visconde de Uruguai e de Sylvio Romero que a forja da identidade nacional e das instituições que lhe dão guarida deveria ser feita a partir da redução sociológica operada por uma elite, ou seja, “a elaboração de instituições adequadas a um país novo deve proceder-se à luz de estudo crítico-assimilativo da experiência de outros países (RAMOS, 1983, p. 265)”.

A questão formulada por Alberto Torres acaba por imputar debilidade às elites nacionais de formação européia, as quais, devido à escolarização totalmente assimilada, ou seja, em total ausência de redução sociológica, não possuíam condições de parir a tão almejada forma nacional. O nada – aformismo – que monta a simbologia (neo) colonial impõe que as ideias de nação, povo, sociedade e soberania precisassem ser conjuradas do topo para base, evidenciando, pois, que Alberto Torres compreendeu, em rarefeita medida, as cicatrizes deixadas pelo colonialismo.

Embora não tenha sido dito, parece evidente que as instituições modernas desenvolvidas na Inglaterra, na América do Norte e na França não conseguiriam conviver com passado-presente do rapto, tráfico e escravização de corpos racializados, encontrando iguais dificuldades de convívio com um processo de independência que mantém a colonialidade e a dominação simbólica do espaço (neo)colonial, ou seja, que mantém os horizontes da dependência econômica e da construção de sentidos imediatos da realidade fixados nas democracias européias, as quais, em última análise, devêm existência às agressões quase totalmente delimitadas aos espaços geográficos coloniais e, posteriormente, (neo)coloniais (MBEMBE, 2017, p. 69). Aberto Torres avança a discussão, todavia, é possível sentir rarefação da crítica realizada, a qual, conforme Guerreiro Ramos, foi produto das condições histórico-sociais de compreensão e observação do Autor.

Oliveira Viana, do mesmo modo, compreende o formalismo como traço marcante das sociedades latino-americanas, fazendo destaque, por outro lado, ao idealismo utópico daqueles que acreditavam que instituições exógenas exerceriam os mesmos efeitos e as mesmas funções em espaços sócio-históricos organizados de maneira distinta (RAMOS, 1983, p. 267). Em contraposição ao idealismo utópico, Oliveira Viana milita em prol de um idealismo orgânico, isto é, de um idealismo posto em diálogo com a experiência e que a partir dela respondesse às particularidades donde o ideal tivesse de ser aplicado.

A noção de heterogeneidade, isto é, forma social que concentra em si sofisticação e rusticidade (RAMOS, 1983, p. 251), é creditada em Oliveira Viana ao formalismo derivado do idealismo utópico, o qual, na perspectiva do referido estadista, deriva da debilidade e da subserviência da elite brasileira. Para Viana, o processo histórico e educacional das elites transformava-as em um conjunto de homens marginais, ou seja, heterogêneos, burocratas-personalistas, que deveriam passar por uma “reforma cultural e científica de hábitos de pensar (RAMOS, 1983, p. 267)” para somente então dar origem à forma genuína capaz de criar a identidade nacional.

Oliveira Viana, portanto, referenda a produção simbólica que elege o processo educacional como *pharmakon* (MBEMBE, 2017, p. 7-58), isto é, substância que contém em si o antídoto e o veneno e condensa as

noções de vida e morte, uma vez que o compreende como fonte da submissão intelectual brasileira à América do Norte e à Europa e, a um só tempo, debita a construção da forma nacional à prática de um processo educacional atento à redução sociológica.

Entre os estadistas das primeiras gerações Oliveira Viana é o que mais se aproxima da análise estrutural-funcional (RAMOS, 1983, p. 250-257), aportando indícios para compreensão de que o mesmo instituto pode produzir efeitos diferentes ou até mesmo exercer funções ocultas – sobreposição – quando inserido em espaço geográfico de percurso histórico singular. O que os pensamentos e produções simbólicas dos primeiros estadistas têm em comum são as soluções ofertadas ao formalismo. Em maior ou menor medida, conforme aduz Guerreiro Ramos, “recorrem a remédios e soluções superestruturais dos problemas brasileiros, e só ocasionalmente referem-se aos fatores de infra-estrutura (...). A terapêutica dos idealistas orgânicos” – *pensadores que viam problemas na transplantação sem o mediar da redução sociológica e foram apresentados acima* – “é essencialmente a política educacional, e secundariamente econômica, ocorrendo-lhes a percepção desse aspecto, de maneira acidental (RAMOS, 1983, p. 269)”.

A transplantação do sistema-simbólico e das instituições liberais para a realidade nacional não advém da ausência de formulações sociais articuladas a partir dos sentidos autóctone-americanos e afro-diaspóricos, mas, sim, da fixação do modelo econômico, político e jurídico euro-ocidental como paradigma a ser perseguido. A partir de 7 de setembro de 1822 o Brasil passou a buscar a articulação do secularismo, da impessoalidade político-burocrática e da igualdade perante às suas próprias estruturas imediatas, ou seja, organização social escravista, latifundiária e oligárquica (WOLKMER, 2003, p. 88-89).

O resultado não poderia ser diferente: o liberalismo brasileiro apresenta doses compulsivas de formalismo, evidenciando, a partir das relações de superexploração do corpo/espaço, as contradições materiais imediatas contidas na transplantação da democracia liberal para zonas periféricas. Em outros termos. Mesmo nas zonas metropolitanas a democracia moderna conserva a efetiva participação política e as concentrações da propriedade material e da legitimidade simbólica aos homens, brancos, publicamente heterossexuais (BRAGATTO, 2014,

p. 222) alinhados ao cristianismo ou a um ateísmo de base cristã, ou seja, a um ateísmo constituído a partir da secularização da cristandade (GROSFOGUEL, 2016, p. 31-36). As zonas (neo)coloniais acompanham o referido movimento dentro das próprias particularidades, radicalizando-os, contudo.

Em retorno a Guerreiro Ramos (1983, p. 269), verifica-se que os quatro estadistas apresentados ao longo do tópico compreendiam que a distância entre a prescrição normativa e a ação social – formalismo – no Brasil derivava da subserviência simbólica ao euro-ocidente, formando-se, entre os referidos pensadores, consenso na eleição do sistema educacional como saída para o estabelecimento da unidade das relações sociais brasileiras. O referencial teórico adotado na pesquisa em construção, no entanto, aponta que a simbolização da realidade não abre mão da autonomia alcançada a partir do plano material. De tal sorte, conforme aduz Guerreiro Ramos (1983, p. 269), o consenso estabelecido entre os idealistas orgânicos ignora a relação havida entre a produção simbólica e as condições de controle, apropriação e distribuição do trabalho e dos seus produtos, entregando pouca ênfase ao controle econômico externo que submetia o Império e ainda submete a atual República Federativa do Brasil.

Contudo, entre as questões estruturais, uma foi discutida por Sylvio Romero, Alberto Torres e Oliveira Viana. Os três pensadores refletiram sobre a emergência do nacionalismo brasileiro e os séculos de escravismo articulado por intermédio da discriminação racial sistemática. As acepções realizadas por cada um dos autores, no entanto, refletem o *habitus* racista à brasileira (MALOMALO, 2014, p. 185) estruturado por meio da colonialidade do poder imediata.

4. COLONIALIDADE E QUESTÃO NACIONAL

O anúncio de algumas posições de Sylvio Romero, Alberto Torres e Oliveira Viana sobre a questão nacional não foi em vão. Os três autores ocuparam assentos privilegiados na produção simbólica que pretendia em maior ou menor medida decretar a fundação do Brasil enquanto nação, de forma que cada um dos referidos estadistas refletiu a respeito da tensão racial, produzindo, em muitas medidas, a simbologia que

constituiu o conteúdo do direito humano à educação reproduzido nas instituições de ensino legitimadas pelo metacapital⁶ estatal.

De acordo com Guerreiro Ramos (1995, p. 170), Sylvio Romero (1851-1914) pode ser lido como jurista ambíguo no que se refere à simbolização da questão racial no Brasil de sua época. Entre os acertos Romero indicou que as significações construídas sobre o “problema do negro brasileiro”⁷, isto é, sobre a questão racial no Brasil, mascaram de maneira deliberada as deficiências nacionais, destacando, ainda, que nas sociedades (neo)coloniais a estruturação social impede a plenitude dos corpos racializados. Há outro ponto de relevância na construção de Romero. Ramos aponta que o referido autor logrou identificar que as análises sobre a questão racial não eram bem-vistas pelos pesquisadores do Império e da Primeira República em virtude da vergonha contida nas bases raciais do território brasileiro (RAMOS, 1995, p. 171), indicando, por outro lado, que a questão do negro exigia ações enérgicas que o fizesse – *interessante como o termo negro clama o singular mesmo na qualidade plural e heterogênea que o compõe* – livre e igual para vida republicana (RAMOS, 1995, p. 171)

Os equívocos de Romero, segundo Guerreiro Ramos (1995, p. 169-172), caminhavam em harmonia com a bibliografia evolucionista social vigente à época, fazendo-o considerar a tese do branqueamento da população negra e indígena como estratégia para integração nacional e dominação da brancura sobre as raças socialmente inferiorizadas pelo euro-ocidente. A consideração que Guerreiro Ramos faz de Sylvio Romero não deve ser entendida como compadrio, mas, sim, a partir das condições de possibilidade da produção simbólica do referido autor, observando, a partir das práticas materiais, a relativa superação da estrutura nos pontos em que Romero contrapõe o senso douto – doxa acadêmica – que o estruturava. Obviamente, contudo, a produção de

6 Para Bourdieu o conceito de metacapital indica a concentração de diversos tipos de capital – linguagem de poder própria de determinado campo concorrencial – numa única instituição ou campo. O Estado, assim, deteria o metacapital por excelência, uma vez que, de modo autônomo, possui poder regulatório sobre a economia, sobre a educação e sobre as relações privadas. Mais informações em Bourdieu (2012, p. 361).

7 A expressão “problema do negro” vai entre aspas em virtude das vanguardistas construções de Alberto Guerreiro Ramos que identificam a simbolização do corpo racializado enquanto objeto de pesquisa da branquitude, a qual, em última análise, oculta o papel que possui e as vantagens que obtém a partir da racialização subalternizada dos corpos afro-diaspóricos e ameríndios.

Romero foi condicionada e condicionante pelo/do *habitus* racista à brasileira (MALOMALO, 2014, p. 185).

Ainda com o auxílio de Guerreiro Ramos, a pesquisa vai à presença de Alberto Torres (1865-1917), observando o posicionamento simbólico do autor sobre a questão racial/nacional. A crítica fundamental ao trabalho de Alberto Torres reside na inobservância de que

A nação não se dá independentemente da existência de um mercado interno, de um sistema de transportes e comunicações suscetível de interligar todos os recantos do território (...) que a nação brasileira só poderia verificar-se, em toda sua plenitude, com o surgimento do capitalismo brasileiro. Alberto Torres não percebeu o condicionamento econômico do fenômeno nacional. Era dos que advogava que o Brasil não deveria jamais desviar-se de sua “vocação agrícola”. Por isso propôs que se formasse a nação brasileira de cima para baixo, da inteligência para as emoções, com a tutela do povo pelas elites nacionalistas (RAMOS, 1995, p. 56).

A argumentação de Guerreiro Ramos confirma o vínculo imanente entre nação e Estado, indicando que as alegorias simbólicas que pretendiam a decretação da forma nacional longe das relações produtivas que forjam o Estado enquanto forma política estavam fadadas ao fracasso. O esforço de Alberto Torres, dentro do contexto, não parecia contemplar as evidências materiais que precediam a emergência do Estado e sua posterior duplicação na simbologia nacional, isto é, não observavam as determinações estruturais do campo produtivo e da classificação racial.

Mesmo que Alberto Torres tenha compreendido que as relações interétnicas contribuiriam para o desfazimento da humanidade, justificando-se, na perspectiva do referido autor, o rechaço à convivência interétnica, a análise de Guerreiro Ramos investiga os contributos do pensamento de Torres, lendo-o como capaz de observar que as atribuições de superioridade às raças européias operavam como fonte argumentativa de legitimação do domínio consagrado ao longo da história (RAMOS, 1995, p. 177). A chave de leitura que Guerreiro Ramos des-

tranca por meio da leitura de Alberto Torres permite pensar a noção de raça como ferramenta de organização criada da metrópole para colônia, racializando, pois, o corpo a partir do espaço e o espaço a partir do corpo⁸ (RAMOS, 1995, p. 177).

Mesmo que a branquitude (neo)colonial tenda a não perceber a racialização que paira sobre si, construindo, assim, noção própria de branquitude a partir de brancura mais ou menos substancial e por meio da encenação dos rituais contidos no sistema simbólico euro-ocidental (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 64), corpo e espaço são inseparáveis no processo de racialização. De tal sorte, no contato com o euro-ocidente a branquitude brasileira não é reconhecida como igual, no entanto, no Brasil a branquitude local domina e explora os corpos negros e indígenas por meio da classificação racial que desracializa o branco em proveito da racialização dos corpos/espacos negros e indígenas (MOURA, 1988, p. 62).

O fardo da branquitude neocolonial, portanto, reside na colonialidade do poder imediata que a coloca em certa equivalência com indígenas e negros. Uma vez que a identidade branca não depende unica-

8 Assumimos, aqui, compromisso com a produção simbólica referenciada a partir da corpo-política do conhecimento (MIGNOLO, 2010, p. 45), isto é, colocamo-nos como ponto de vista a ser considerado na forja de sentido sobre a realidade que simbolizamos a partir do presente estudo. Recordamos, por exemplo, da experiência que tivemos na conexão aérea havida no Rio de Janeiro/RJ com destino Porto Alegre/RS. Regressávamos de Salvador. Obviedade: até o Rio de Janeiro/RJ os passageiros que lotavam a aeronave não eram majoritariamente “brancos”. Após a aterrissagem na capital do RJ, descobrimos que a aeronave que vinha de Salvador era a mesma que alçaria voo até Porto Alegre/RS. Sorte, pensamos, afinal, não precisaremos desembarcar. Nos minutos que propiciavam a alocação dos passageiros que seriam levados a Porto Alegre por meio da conexão, embarcou na aeronave um grupo de idosos “brancos”. Salvo engano, eram de Nova Petrópolis, cidade de “colonização” germânica situada no Rio Grande do Sul. Falavam muito alto, expressando as experiências que tiveram na viagem realizada à República Federal da Alemanha. No meio do diálogo um dos “novos-petropolitanos” considerou que os habitantes de uma das cidades visitadas na região euro-ocidental não falavam corretamente o idioma alemão cultivado como capital cultural máximo em Nova Petrópolis/RS. Para sagrar-se “branco” o neocolonial radicaliza em ficção a “pureza do sangue”, tornando-se, em meio o espaço racializado que também racializa o seu corpo, mais racializante do que o branco universal que o racializa. Eis a face da colonialidade do poder imediata. O exemplo surgido da realidade ajuda a demonstrar como o “branco” neocolonial busca identidade no branco metropolitano, vivendo, a partir do dualismo ontológico, a experiência simbólico-assimilativa de uma branquitude subalternizada que permite, no entanto, a desvinculação com o território brasileiro e a diferenciação dos demais corpos/espacos racializados que o constituem. Por tal razão, a branquitude neocolonial encontra facilidade em permitir, contribuir e aproveitar a superexploração do território e dos corpos racializados não “brancos” que o constituem enquanto arremedo de nação

mente da branquira, a tez alva do dominante neocolonial não produz a branquitude universal própria dos espaços centrais, fazendo com que o branco que administra a (neo)colônia busque a reafirmação dos símbolos da branquitude euro-ocidental como ferramenta de diferenciação do corpo/espaço racializado a que também pertence.

Em síntese: da lavra de mais um jurista vertem simbolizações contraditórias sobre a questão racial/nacional. Em Alberto Torres, por meio de Guerreiro Ramos, é possível identificar a ausência de projetos estruturais que findem a desumanização dos corpos racializados, verificando-se, contudo, hábil manejo simbólico capaz de nomear a dominação contida na ideia de hierarquização social concretada através da tecnologia racial (RAMOS, 1995, p. 178-179). A noção de raça, mesmo assim, não chega a ser explorada como determinante estrutural, de forma que Alberto Torres escapa em rarefeitas medidas a estrutura que o molda a partir da colonialidade do poder imediata.

Chega a vez de Oliveira Viana (1883-1951), simbolizador da teoria arianizante.



Figura 1. A redenção de Cam (BROCOS, 1895)

A imagem acima reproduz a tela “A redenção de Cam”, pintada por Modesto Brocos (1852-1936) em 1895. Cam, na Bíblia, era filho de Noé, encontrando castigo por ter zombado da nudez provocada pela

embriaguez do pai. Nos escritos que orientam a cristandade Cam é simbolizado como genitor dos povos do continente africano, permitindo que o ocidente criasse equivalência entre Cam e a maldição contida na natureza degenerada do negro (RODRIGUES, 2011, p. 38). A pintura de Modesto Brocos, portanto, transporta simbolizações da cristandade para o século XIX, contribuindo, em alguma medida, com a conversão do racismo biológico em racismo cultural operada pelo Brasil na década de 30 do século XX.

A partir da superação da perspectiva a imagem simboliza a política de embranquecimento sustentada de maneira mais ou menos acintosa por Sylvio Romero (RODRIGUES, 2011, p. 38; RAMOS, 1995, p. 170) e Oliveira Vianna (RAMOS, 1995, p. 179-183; VIANNA, 2005, p. 171) como solução para o “atraso” e para “degeneração” nacional. Seguro de que ambos os autores detinham acentos privilegiados no campo jurídico e no campo científico, isto é, em espaços sociais de altíssima carga oficial, fica evidente que o metacapital do Estado legitimou as posições de Sylvio Romero e de Oliveira Vianna, fazendo com que o Brasil adotasse, em caráter oficial, as teses do racismo biológico na Constituição da República de 1934 e do racismo antropológico a contar da Constituição de 1937.

Mas, qual gatilho liga “A Redenção de Cam” à Oliveira Vianna? Em retorno à imagem que reproduz a tela original é possível identificar a simbolização de uma família composta por três gerações. Avó, pais e filho/filha. A matriarca, idosa de pele preta escura, graceja, aos olhos do observador eurocentrado (BOURDIEU, 2012, p. 36; CASTRO-GOMÉZ, 2005, p. 58-59), a realização contida no paulatino embranquecimento da família. A filha simbolizada a partir de uma mulher negra com a pele clara, isto é, já miscigenada, concebeu, na companhia de um homem racialmente marcado pela brancura, uma criança habilitada a encontrar identidade na branquitude brasileira.

Modesto Brocos, pintor nascido na península ibérica em 1852, simboliza a redenção do negro por meio das relações interétnicas que gradualmente o embranqueceriam, resolvendo, assim, o patente conflito contido no interior de uma república estabelecida sobre relações sociais estruturadas pela discriminação racial sistemática dirigida ao negro e ao índio. “A Redenção de Cam” não representa mais do que o pensamento de Oliveira Viana, para quem

Há, porém, mulatos superiores, arianos pelo caráter e pela inteligência ou, pelo menos, suscetíveis da arianização, capazes de colaborar com os brancos na organização e civilização do País. São aqueles que, em virtude de caldeamentos felizes, mais se aproximam, pela moralidade e pela cor, do tipo da raça branca. Caprichos de fisiologia, retornos atávicos, em cooperação com certas leis antropológicas, agindo de um modo favorável, geram esses mestiços de escol. Produtos diretos do cruzamento de branco com negro, herdam, às vezes, todos os caracteres psíquicos e, mesmo, somáticos da raça nobre. Do matiz dos cabelos à coloração da pele, da moralidade dos sentimentos ao vigor da inteligência, são de uma aparência perfeitamente ariana (VIANNA, 2005, p. 171).

Uma única citação direta de Oliveira Vianna é capaz de evidenciar a branquitude enquanto capital cultural (CASTRO-GOMÉZ, 2005, p. 71), mostrando, ao mesmo tempo, como o autor concebia o embranquecimento como forma de redenção. O “apreço” de Oliveira Vianna pelo “mulato” superior está no cerne da sonata assimilativa que constrange corpos racializados a negarem a pertença étnica que possuem com a diáspora africana ou com os povos autóctone-americanos em proveito da identificação com características físicas e simbólicas próprias da branquitude universal e da branquitude local (MOURA, 1988, p. 63).

Muito embora seja indispensável considerar que a branquitude local reproduz o mesmo padrão de comportamento em relação à branquitude euro-ocidental, isto é, branquitude universal⁹, fica evidente que o jogo de

9 A busca pela humanidade plena contida na branquitude ocidental é tema extremamente mo-vedição, uma vez que coloca em cena a reprodução dos esquemas de dominação pelo próprio dominado. A pesquisadora Lia Vainer Schucman, psicóloga social e intelectual autodeclarada antirracista, isto é, pertencente à branquitude crítica brasileira (CARDOSO, 2010, p. 611), referenciar a simbolização objetivada em sua tese de doutorado, informando, na introdução, a origem judaica que insculpe seu esquema não deliberado de compreensão e decisão. Schucman relata pertencer à família atravessada pela questão racial, mas, que, em decorrência da pertença à branquitude, não sofre maiores percalços no Brasil. Especificamente na nota de rodapé 43 Schucman informa que: “Durante os quatro anos do doutorado acompanhei inúmeras discussões dentro do movimento negro onde a pauta das relações sexuais e afetivas entre homens negros com mulheres brancas apareceram como uma questão que, ora era vista como traição de grupo, ora como desejo de embranquecimento e desejo de ascensão social. O terreno das relações afetivas vistas pelo prisma racial caracteriza-se como uma discussão bastante complexa e sua análise requer uma estruturação metodológica igualmente extensa. Os dados acima me levam a acreditar, no

oposição categorial instaurado pelo ocidente na qualidade do “ponto de vista dos pontos de vistas (BOURDIEU, 2012, p. 36)” constrange os corpos racializados a caminhar em direção à humanidade contida na brancura, fazendo-os reproduzir a dominação racial ao mesmo tempo em que a esconde das discussões sociais por meio da normalização.

Em análise crítica ao recenseamento de 1980 Clóvis Moura verificou que

(...) os não brancos brasileiros, ao serem inquiridos pelos pesquisadores do IBGE sobre a sua cor, responderam que ela era: acastanhada, agalegada, alva, alva-escura, alva-renta, alva-rosada, alvinha, amarelada, amarela-queimada, amorenada, avermelhada, azul-marinho, baiano, bem branca, bem clara, bem morena, branca, branca avermelhada, branca melada, branca morena, branca pálida, branca sardenta, branca suja, branquinha, bronze, bronzeada, bugrezinha, escura, burro-quando-foge, cabocla, cabo verde, café, café-com-leite, canela, canelada, cardão, castanha, castanha clara, cobre corada, cor de café, cor de canela, cor de cuia, cor de leite, cor de ouro, cor de rosa, cor firme,

entanto, que tais hipóteses são verdadeiras. Em contrapartida, também acredito em encontros genuínos de paixão, desejo e encantamento que, por momentos, podem suspender as ideologias racistas a que todos estamos inseridos (SCHUCMAN, 2012, p. 92).” Tão importante quanto à nota de rodapé 43 é o trecho da entrevista que a antecede: “Quando saio à noite, se vejo um branco muito bonito, tenho certeza de que não tenho chances com ele. Mas sei, e tenho quase certeza, de que tenho chances com um cara negro muito bonito... (Vanessa). Lia: O que é um branco muito bonito? E um negro muito bonito? E japonês? Para mim há diversos tipos de brancos muito bonitos, mas estou falando de um tipo Brad Pitt, loiro de olhos claros... Lia: E por que você acha que, com um branco muito bonito, você não tem chances? E por que teria com um negro muito bonito? Qual a diferença? É que, para um branco muito bonito eu estou fora dos padrões, né? Eu sei que tenho um rosto muito bonito, mas estou fora do peso (risos)... E com um negro? Eu sei que eles adoram loiras (risos)... não é? Olha os jogadores de futebol, os pagodeiros, eles sempre estão acompanhados de loiras (SCHUCMAN, 2012, p. 91-92).” Schucman põe em discussão a busca por maiores índices de humanidade realizada a partir do intercâmbio sexual entre homens negros e mulheres brancas, apontando, inclusive, como mulheres brancas locais transacionam a branquitude nos relacionamentos sexuais. A sofisticação da tecnologia racial é tamanha que deixa algo escapar à análise referenciada da Autora (MIGNOLO, 2010, p. 45). Schucman, conforme a introdução (2012, p. 12), está constituída em um corpo branco local de origem familiar judaica. Mesmo que a pesquisadora problematize com aguçada acurácia a reprodução da dominação racial pelos corpos racializados, não há no trabalho qualquer menção aos processos assimilativos que transformaram judeus em marranos na península ibérica do século XVI (GROSGOUEL, 2016, p. 37), passando impune à observação o processo de embranquecimento da população judaica que lega à Schucman a brancura capaz de identificá-la à branquitude nacional.

crioula, encerada, enxofroda, esbranquicento, escurinha, fogueio, galega, galegada, jambo, laranja, lilás, loira, loira clara, loura, lourinha, malaia, marinheira, marrom, meio amarela (...). O total de cento e trinta e seis cores bem demonstra como o brasileiro foge da sua identidade étnica, da sua identidade, procurando, através de simbolismos de fuga, situar-se o mais próximo possível do modelo tido como superior (MOURA, 1988, p. 63).

Torna-se nítido através da observação de Clóvis Moura que o capital simbólico dos descendentes da Europa foi validado pelo metacapital do Estado, transformando, por meio da oficialização, o embranquecimento sócio-biológico simbolizado por autores como Sylvio Romero e Oliveira Vianna em política de Estado. A instituição da eugenia como princípio da educação nacional contido na Constituição de 1934 não foi mero acaso, encontrando, por força da prática social concreta, reprodução mesmo diante do desfazimento do dispositivo na Lei Fundamental de 1937 e naquelas que a sucederam. Pode ser dito, assim, que a estruturação racial não precisa de normatização jurídica para alcançar o patamar oficial, uma vez que o racismo enquanto classificação social estrutural atravessa de maneira imediata as relações sociais e institucionais brasileiras.

A fixação do racismo no corpo político-normativo que orienta o Estado remonta medidas preventivas que anteciparam a abolição da escravidão legal e a Proclamação da República, de maneira que o

auge da campanha pelo branqueamento do Brasil surge exatamente no momento em que o trabalho escravo (negro) é descartado e substituído pelo assalariado. Aí coloca-se o dilema do passado com o futuro, do atraso com o progresso e do negro com o branco como trabalhadores. O primeiro representaria a animalidade, o atraso, o passado, enquanto o branco (europeu) era o símbolo do trabalho ordenado, pacífico e progressista. Desta forma, para modernizar e desenvolver o Brasil só havia um caminho: colocar no lugar do negro o trabalhador imigrante, descartar o país dessa carga passiva, exótica, fetichista e perigosa por uma população cristã, europeia e morigenada (MOURA, 1988, p. 79).

Embora a pesquisa tenha se debruçado exaustivamente sobre a inferiorização simbólica provida pela classificação racial, o período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX ainda comporta alguns destaques junto à temática. A alteração das relações produtivas euro-ocidentais impactou a economia escravista brasileira, forçando, a partir da luta permanente de pessoas escravizadas¹⁰ e do movimento abolicionista¹¹, o término da escravização legal.

A inserção dos corpos racializados no circuito mercantil, por outro lado, encontrou óbice na secular classificação racial que lapidou a subjetividade de racializantes e racializados, legando aos últimos significações objetivas e desabonatórias (QUIJANO, 2005, p. 107-110). Se os corpos racializados pelo sistema simbólico euro-ocidental por meio da categoria negro não poderiam ser aproveitados como energia de

10 Clóvis Moura aponta que a luta das pessoas racialmente escravizadas no Brasil desgastou o regime escravista, levando-o ao limite econômico, político e psicológico (MOURA, 1988, p. 222-236). Do ponto de vista econômico a fuga de pessoas escravizadas equivalia à perda de um bem, gerando, ao mesmo tempo, quebra da produção esperada, isto é, baixa através do lucro cessante. A pessoa escravizada com histórico de fuga também encontra desvalorização no mercado escravista, onerando o mercador de corpos com o pagamento de captores, informantes e diárias de escravizados recapturados no cárcere estatal. O Estado também se via onerado a partir da alocação de verbas para combater as organizações políticas quilombolas. No plano político, aliás, o desgaste escravagista reside justamente na organização do quilombismo, uma vez que as pessoas escravizadas possuíam exemplos de autoridades coletivas quilombolas que não estavam organizadas a partir da racialização. Outra tensão política era identificada na aliança entre quilombolas e os contingentes brancos e livres subalternizados no regime escravagista. O desgaste psicológico, contudo, deve ser sintetizado a partir de Clóvis Moura: “Referimo-nos àquele sentimento sociopsicológico que denominamos de síndrome do medo e que foi responsável pelo comportamento da classe senhorial durante toda a duração do escravismo. O receio da insurreição, especialmente no primeiro período (escravismo pleno século 1550 a 1850), criava um estado de pânico permanente. O ‘perigo de São Domingo’, as possíveis ligações dos escravos brasileiros com os de outros países, a provável articulação em nível nacional dos escravos rebeldes, a obsessão da violência sexual contra mulheres brancas ou outras formas de insurgência, tudo isto levou a que o senhor de escravos se transformasse em um neurótico (MOURA, 1988, p. 231).”

11 O movimento abolicionista emerge após a Guerra do Paraguai em 1883, constituindo-se como mecanismo de contensão e desarticulação das reivindicações radicais da população escravizada. O referido movimento está situado próximo ao esgotamento total do regime escravagista. Para Clóvis Moura, “depois de 1850, com a extinção do tráfico, temos o início do que chamamos escravismo tardio. O comportamento da classe senhorial e do legislador se altera. Para conservar o escravo, cujo preço aumentara de forma drástica, surgem as primeiras leis protetoras. Por outro lado, o escravo negro que até então lutara sozinho com a sua rebeldia radical contra o instituto da escravidão começa a ser visto através de uma ótica liberal. As manifestações humanistas se sucedem. E as posições que refletiam uma consciência crítica contra a instituição também aparecem, especialmente entre a mocidade boêmia e alguns grupos adeptos de um liberalismo radical (MOURA, 1988, p. 235).”

trabalho objetual, a desqualificação secular que os desumanizou durante séculos não permitia a identificação de qualquer qualidade sobre as suas práticas, considerando-os, portanto, plenamente dispensáveis. Em verdade, muito mais do que isso: os corpos negros passaram a ser indesejáveis.

Sylvio Romero considerou que a debilidade intelectual do Brasil o condenara a importar modelos culturais dos países “desenvolvidos” (RAMOS, 1983, p. 263). Pois bem, com o processo que levou à abolição da escravização legal o Brasil adotou tal medida (ALMEIDA, 2018, p. 82), buscando na política migratória de recepção de europeus muito mais do suposto trabalho qualificado. No concreto, o ponto.

Já não era mais acabar-se com a escravização, mas enfatizar-se que os negros eram incapazes ou incapacitados para a nova etapa do desenvolvimento do país. Todos achavam que eles deveriam ser substituídos pelo trabalhador branco, suas crenças deviam ser combatidas, pois não foram cristianizados suficientemente, enquanto o italiano, o alemão, o espanhol, o português, ou outras nacionalidades europeias, viriam trazer não apenas o seu trabalho, mas a cultura ocidental (...) (MOURA, 1988, p. 79).

Entre o processo que culminou no término da escravização legal e a década de 30 do século XX o Brasil repeliu com todas as suas forças a população racializada que o constituía e ainda o constitui, inscrevendo-a, conforme os exemplos normativos apresentado, como biológica e culturalmente inferior (ALMEIDA, 2018, p. 82). Segundo Clóvis Moura (1988, p. 80), a Sociedade Nacional de Agricultura realizou em 1920 uma pesquisa que pretendia descobrir “se o imigrante negro seria benéfico ao Brasil ou não (MOURA, 1988, p. 80)”. As respostas fornecidas pelos detentores da terra, isto é, do fator social de produção que moldava a economia brasileira em 1920, identificaram a população negra como má trabalhadora, dotada de inteligência inferior, criminoso e potencialmente lesivo à branquitude (MOURA, 1988, p. 80).

Como dito, o Brasil de 1920 estava articulado sobre relações produtivas agrárias, inexistindo justificativa que emprestasse ao imigrante europeu vantagem técnica. Muito antes pelo contrário. A população negra

situada à época no território brasileiro lavrara o solo da então neocolônia há cerca de 300 anos, conhecendo-o, portanto, melhor que ninguém. É preciso, no entanto ir mais longe. Com base no recenseamento de 1872 Clóvis Moura conclui que os negros não eram somente trabalhadores do eito, que se prestavam apenas para as fainas agrícolas duras e nas quais o simples trabalho braçal primário era necessário. Na diversificação da divisão do trabalho eles entravam nas mais diversas atividades, especialmente no setor artesanal. Em alguns ramos eram mesmo os mais capazes como, por exemplo, na metalurgia cujas técnicas trazidas da África foram aqui aplicadas e desenvolvidas. Na região mineira, por exemplo, foram os únicos que aplicaram e desenvolveram a metalurgia (MOURA, 1988, p. 67).

Infere-se que em 1872 a população negra já havia transcendido os trabalhos braçais, dominando os ofícios técnicos que pretendiam justificar a acolhida de imigrantes Europeus. Mesmo assim, os adquirentes de força de trabalho assalariado eram contrários à imigração de pessoas negras (MOURA, 1988, p. 65). Correção. A partir das respostas dispensadas na pesquisa conduzida pela Sociedade Nacional de Agricultura fica evidente que a branquitude titular das terras brasileiras era – ou ainda é? – contrária a presença do negro longe do regime de escravização.

Adianta-se que a unificação nacional será realizada por meio da resignificação da hibridez racial do Brasil, anulando-se as tensões raciais em proveito do processo de industrialização iniciado com estabilização política das elites nacionais na década de 30 do século XX. Segundo Oliveira Vianna

Numa sociedade, como a paulista dos primeiros séculos, ciosa das suas prerrogativas aristocráticas e da sua pureza étnica, os mestiços vivem numa condição de patente inferioridade (...). O distintivo da nobreza é ter a pele branca, provir de sangue europeu, não ter mescla com as raças inferiores, principalmente com a negra. Mesmo entre os homens do baixo povo, o fato de ser branco é o mesmo de ser nobre (VIANNA, 2005, p. 168).

Assim como as estratégias de dominação dos corpos racializados cambiaram durante o Brasil Colônia e o Brasil Império, a reformulação das relações produtivas havidas na década de 30 do século XX alterou a

simbolização realizada sobre os corpos racializados no Brasil (ALMEIDA, 2018, p. 82). Os corpos forjados a partir do intercâmbio étnico-sexual deixam de ser vistos por meio da degeneração, configurando-se, novamente a partir da branquitude nacional (MOURA, 1988, p. 62), como singularidades híbridas que ocultam o conflito racial que atravessa o país. A unificação do Brasil, portanto, foi realizada por meio da camuflagem colocada sobre a maior parte da população que o constitui, tornando evidente que a unidade nacional é tarefa ainda pendente de realização (MOURA, 1988, 63-64).

A proibição normativa do tráfico internacional de escravos determinada pela Lei Eusébio de Queiroz (1850) (MOURA, 1995, p. 85-90), o extermínio de aproximadamente 140 mil corpos negros na Guerra do Paraguai (1864-1870) (MOURA, 1988, p. 239-245), a abolição da escravidão legal (1888), o fechamento das fronteiras nacionais para entrada de pessoas africanas e asiáticas decretado pela Lei Glicério (Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890) (CÁ, 2019, p. 64) e os artigos 123, §6º, e 138, alínea 'b', da Constituição de 1934 registram a política de embranquecimento da população nacional. Mesmo que as referidas ações não tenham sido coordenadas, isto é, tenham, ao contrário, emergido a partir do estado prático das relações sociais, o branqueamento da população nacional deve ser visto como política insculpida por meio do *habitus* racializado (MALOMALO, 2014, p. 185) que estrutura o Brasil, conectando-se com o culto fetichizado à hibridização étnico-cultural das raças que não altera em um único centímetro a divisão sócio-racial do trabalho que estrutura o Brasil por meio da colonialidade do poder imediata.

Como bem colocado por Clóvis Moura,

(...) os negros brasileiros podem continuar se aculturando constantemente influenciando na religião, na cozinha, na indumentária, na música, na língua, nas festas populares, mas, no fundamental, esse processo não influirá nas modificações da sua situação na estrutura econômica e social da sociedade brasileira, a não ser em proporções não-significativas ou individuais. Com isto queremos dizer que os mecanismos que imprimem dinâmica em qualquer sociedade poliétnica, dividida em classes, está

em um nível muito mais profundo do que aqueles níveis da aculturação que não têm forças para produzir qualquer mudança social (...). Enquanto a aculturação realiza-se meu plano passivo, a sociedade na qual essas culturas estão estagnadas aciona outras forças dinamizadoras que nascem dos antagonismos surgidos da posição que os membros ou grupos de cada etnia ocupam no processo de produção (MOURA, 1988, p. 46).

Para não dar margens a interpretações descontextualizadas, a ideia de aculturação busca apanhar as transformações experimentadas por membros de culturas distintas no curso de relação temporal constante (MOURA, 1988, p. 45). No caso da antropologia, a aculturação teria condições de explicar os impactos causados na relação entre grupos dominantes e dominados, verificando-se, no Brasil, as consequências das relações entre grupos racializados e racializantes.

Vale lembrar que a relação entre diferentes sistemas simbólicos está atrelada às condições práticas materiais. No caso da dominação das Américas, a centralidade do sistema simbólico euro-ocidental foi precedida de séculos de extermínio físico e subjetivo através dos quais o ocidente submeteu os povos autóctone-americanos, africanos e afro-diaspóricos (GROSFUGUEL. 2016, p. 35-36).

A questão é: no processo de sincretismo¹² religioso-cultural e de aculturação não há igualdade entre os sistemas simbólicos, de forma que as formas de nomeação e conhecimento dos povos submetidos não alcançam hibridação e igualdade no interior da simbologia dominante. Mesmo que algumas expressões da simbolização dominada compo-nham as formas de conhecimento e integração da realidade dominante,

12 Enquanto a aculturação expressará as reformulações simbólicas entre culturas que entram em contato em longa trajetória temporal, o sincretismo manifesta a relação duradoura entre povos diferentes, valendo-se de padrões tópicos da cultura dominante como ferramenta de assimilação – integração subalternizada – da cultura dominada. Considerando-se que a colonização Ibérica das Américas entrega condições materiais para secularização da lógica da cristandade, isto é, assepsia da fé em razão (vide tópico 2.1.1), observa-se que a justificação simbólica que sustenta a colonização reside na teologia. Pois bem, a relação entre o euro-ocidente, os povos ameríndios e os povos africanos, portanto, estava baseada dentro do sistema simbólico-religioso. Os dogmas e formas de conhecimento da cristandade, no contexto, eram apresentados como formas abstratas e mais sofisticadas que faziam certa equivalência ao sistema de nomeação dos povos autóctone-americanos e africanos, inserindo-os, assim, em uma espécie de cristianismo comum ou popular (MOURA, 1988, p. 41).

os espaços estruturais, ou seja, aqueles que a simbologia euro-ocidental concentrou a partir de sistemáticos genocídios/epistemicídios, não são divididos, mantendo intacta a posição social dos corpos racializantes e racializados (MOURA, 1988, p. 45).

A democracia racial emerge justamente por meio dos esforços dos culturalistas, ou seja, dos intelectuais que simbolizaram – e a partir da objetivação/estruturação da simbologia em forma social ainda estruturam – a realidade nacional e as relações interétnicas a despeito de criteriosa análise dos impactos provocados pela colonialidade do poder imediata nos controles da divisão sexual e social do trabalho, da subjetividade e da produção de conhecimento e da autoridade política (QUIJANO, 2002, p. 4; QUIJANO, 2009, p. 107-114). Em síntese:

Para os culturalistas (...) o ato de “dar e tomar” os traços e complexos culturais seria um todo harmônico e funcionaria como simples acréscimos quantitativos de cada uma das culturas em contato. Os elementos de dominação estrutural – econômico, social e político – de uma das culturas sobre a outra ficaram diluídos porque esses contatos permanentes trocariam somente ou basicamente o superestrutural. Religião, indumentária, culinária, organização familiar entrariam em intercâmbio, mas, esse movimento, essa dinâmica de dar e tomar não se estenderia às formas fundamentais de propriedade, continuando, sempre, os membros da cultura superior como dominadores e da inferior como dominados por manterem os membros da primeira a posse dos meios de produção. O culturalismo excluiu a historicidade do contato, não retratando, por isto, a situação histórico-estrutural em que cada cultura se encontra nesse processo (MOURA, 1988, p. 45-46).

Não é, portanto, o estímulo físico-muscular que marca o corpo negro ao longo da história brasileira, restringindo-o, no presente, à franca circulação social em “núcleos moles”¹³ (MALOMALO, 2014, p.

13 Bas’Ilele Malomalo (2014, p. 180-183) coloca que os núcleos moles representam espaços e posições sociais que concentram menor incidência de poder estrutural, permitindo, assim, certa circulação de corpos subalternamente racializados. No âmbito das produções simbólicas, assim, a população negra ocupa posições relativamente dominantes em alguns segmentos musicais. O relativismo anunciado reside na propriedade das plataformas de produção e reprodução musical, isto é, compositores e, principalmente, intérpretes negros conseguem ocupar posições relevantes no campo da produção artístico-musical. Porém, a escolha que determina os negros eleitos pertence aos núcleos duros, ou seja, áreas estruturalmente indisponíveis às populações subalternamente racializadas.

181)” que comprova a inexistência da divisão racial dos espaços sociais e o império da harmonia e da igualdade entre as etnias racializadas que constituem o Brasil. Muito antes pelo contrário. A explicação que o culturalismo fornece sobre a realidade nacional simboliza os corpos racializados a partir do exotismo, restringindo o acesso aos “núcleos duros (MALOMALO, 2014, p. 181)” da sociedade aos corpos racialmente dominantes.

No contexto, o Brasil é tão racialmente democrático quanto qualquer outro país de maioria racializada que nunca chegou perto de eleger um presidente negro ou indígena, replicando-se, no caso do Brasil, a referida imagem para a concentração do tipo específico de capital contido em cada área fundamental da existência. Conclui-se, portanto, que o branqueamento e democracia racial formalista não são políticas antagônicas. Pelo contrário. Operam em continuidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao optar por manter os privilégios raciais próprios dos espaços estruturados por meio da colonialidade do poder imediata a branquitude nacional criou uma espécie de Estado verticalmente contrário à sociedade, contentando-se em administrar a superexploração do corpo/espço que constitui o território brasileiro sem caminhar em direção à concreta independência política que não abre mão do desmantelamento das violências estruturais operadas pela colonialidade do poder (BAMBIRRA, 2019, p. 151; QUIJANO, 2002, p. 13-14). Equivale a dizer, em suave complementação, que a independência política do Brasil é um projeto inconcluso em virtude da colonialidade imediata que o impede de desenvolver as forças produtivas em favor da independência econômica (ALMEIDA, 2018, p. 154).

Sem a desarticulação da colonialidade do poder imediata, em última instância, o Brasil – *enquanto corpo/espço totalmente racializado* – tende a permanecer como zona de extração que forja equivalência entre a apropriação de recursos humanos e a apropriação de recursos naturais. O capitalismo periférico, portanto, evidencia a ficção do antropoceno, mostrando que no plano da extração de valor o corpo desumanizado por meio da tecnologia racial equivale ao carvão, à madeira, ao gado etc.

Projetos de unificação nacional que deixam de combater frontalmente a estruturação racial não possuem capacidade de descolonizar as relações sociais, reduzindo-se, na melhor das hipóteses, isto é, nos casos democráticos, a oferta de melhorias superficiais e transitórias nas condições de vida da população local. É possível concluir, portanto, que projetos nacionais descomprometidos com a desracialização das dinâmicas sociais são insuficientes para alcance da libertação política e econômica da população, constituindo-se, no caso brasileiro, como ocultação das dinâmicas coloniais que favorecem a dependência do Brasil aos blocos imperiais de poder.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, S. L. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.
- BAMBIRRA, V. *O capitalismo dependente latino-americano*. 4. ed. Florianópolis: Insular, 2019.
- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BOURDIEU, P. *Sobre o Estado*. Companhia das Letras. São Paulo, 2012.
- BRAGATO, F. F. *Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade*. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 19, p. 201-230, 2014.
- BROCOS, M. *A redenção de Cam*. Óleo sobre tinta. Dimensões 199.00 cm x 166.00 cm, Museu Nacional de Belas Artes (MNBA), 1895.
- CÁ, V. I. V. *A situação juslaboral de imigrantes senegaleses em Porto Alegre*, 2019. (118 p.). Dissertação de Mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Política Social. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil, 2019.
- CARDOSO, L. C. *Branquitude acrítica e crítica: a supremacia racial e o branco anti-racista*. In: *Revista Latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, v. 8, p. 607-630, 2010.
- CARNEIRO, S. *A Construção do outro como não-ser como fundamento do ser*, 2005. Tese de Doutorado em Filosofia. Universidade de São Paulo. Orientadora: Roseli Fischmann. Pesquisa realizada com financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.
- CASTRO-GÓMEZ, S. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. 1ª ed. Bogotá : Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- FANON, F. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A. 1967.
- GROSFUGUEL, R. *A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI*. In: *Relações raciais e políticas de patrimônio*. (Org.) CASTRO, Maurício Barros de; SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. 1. ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.
- MALOMALO, B. *Repensar o multiculturalismo e o desenvolvimento no Brasil: políticas públicas de ações afirmativas para a população negra (1995-2009)*. 2010. (482 p.) Tese, Doutorado em Sociologia defendido

junto ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Araraquara, SP, 2010.

MALOMALO, B. *Branquitude como dominação do corpo negro*: diálogo com a sociologia de Bourdieu. In: Revista da ABPN. v. 6, n. 13. mar. – jun. 2014. p. 175-200.

MBEMBE, A. *Políticas da inimizade*. Portugal: Antígona, 2017.

MIGNOLO, W. *Desobediência epistêmica*: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina: Ediciones del Signo, 2010.

MOURA, C. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo, Ática, 1988.

MOURA, C. *Dialética radical do Brasil negro*. São Paulo: Editora Anita, 1994.

OLIVELLA, M. Z. *Las claves mágicas de América*: raza, clase y cultura. Bogotá, Colômbia: Editora Colômbia, 1989.

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

QUIJANO, A. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In. LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro 2005.

QUIJANO, A. *Colonialidade do poder e classificação social*. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almeida S.A., 2009.

RAMOS, A. G. *Administração e contexto brasileiro*: esboço de uma teoria geral da administração. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

RAMOS, A. G. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

RODRIGUES, C. C. *Entre corpos, tempos e sujeitos*: ciências, políticas e artes improvisando identidades, 2011. (250 p.). Tese de doutorado defendida junto ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), 2010.

SCHUCMAN, L. V. *Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”*: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana, 2012. (122 p.). Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Área de Concentração: Psicologia Social) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2012.

SCHWARCZ, L. K. M. *O Espetáculo das raças*. 8a. edição. 8. ed. São

Paulo: Companhia das Letras, 2008. v. 1.

SILVA, F. M. *A educação no contexto da dependência brasileira*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2020/06/a-educacao-no-contexto-da-dependencia-brasileira-por-felipe-montiel-da-silva/>. Sul 21. Acesso em: 12 jun. 2020.

SILVA, K. G. G. *Pluralismo Jurídico e o Desastre Socioambiental de Mariana/MG: A Resolução de conflitos decorrente do Extrativismo Mineral no Brasil*., Ano de Obtenção: 2019. (165 f.) Dissertação de Mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (Canoas/RS), 2019.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da burguesia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1964.

TORRES, A. *O problema nacional brasileiro: introdução a um programa de organização nacional*. São Paulo: Nacional, 1938.

VIANNA, O. *Populações meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A pesquisa ora apresentada deriva de produção realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (Canoas/RS), encontrando subvenção de bolsa taxa custeada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) através do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP).

DELIMITAÇÃO E FRACIONAMENTO: ATRIBUTOS (INEXPLORADOS) DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

DELIMITATIVE AND FRACTIONING: PROCEDURAL
GRATUITY (UNEXPLORED) ATTRIBUTES

Gabriel Rodrigues Soares¹

Resumo: O presente artigo explora os §§5º e 6º do art. 98 do Código de Processo Civil (CPC), em especial, a tese de que a previsão à concessão seletiva, percentual ou parcelada da gratuidade de justiça confere ao benefício atributos de delimitação e fracionamento. Na primeira parte do trabalho, apresenta-se uma proposta de sistematização dos conceitos centrais que permeiam o objeto de estudo, bem como delinea-se os impactos positivos da previsão legislativa aos jurisdicionados e ao Estado. Em seguida, os atributos de delimitação e fracionamento são utilizados para clarificar alguns aspectos da gratuidade de justiça pós-CPC. Assim, a segunda parte do artigo volta-se a analisar (i) a ilicitude da tese jurisprudencial de incompatibilidade entre o recolhimento do preparo e o pedido recursal à gratuidade; (ii) o novo paradigma de provimentos jurisdicionais aplicáveis aos pedidos ao benefício; (iii) a crítica doutrinária ao regramento legal da concessão parcial da justiça gratuita; e (iv) possíveis procedimentos destinados a viabilizar a efetivação da tríade de instrumentos gradativos consagrada pelo CPC. O objetivo deste trabalho é, sobretudo, despertar o debate entre os operadores do direito a fim de que, finalmente, se confira eficácia à ressignificação da gratuidade de justiça operada pela legislação processual.

Palavras-chave: Gratuidade de justiça. Novo CPC. Concessão parcial. Delimitação e fracionamento. Custas processuais.

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: soares.gabriel.adv@gmail.com.

Abstract: The present article explores the §§5º e 6º of art. 98 of the Code of Civil Procedure (CCP), particularly, the thesis that the selective, percentual or installment grant of court fees legal exemption confers delimitative and fractioning attributes to the procedural benefit. The first part of this work presents a systematization proposal to the central concepts that surround the object at study. Also, it indicates the legislation positive impacts to both citizens and the State. Afterwards, the delimitative and fractioning attributes are used to clarify some aspects of procedural gratuity pos-CCP. Therefore, the second part of this article analyses (i) the illegal jurisprudential thesis of incompatibility between the appeal costs payment and the court fees exemption claim; (ii) the new paradigm of decision applicable to the benefit claim; (iii) the doctrine's criticism to the partial benefit legal rule; and (iv) possible procedures to confer effectiveness to the gradual instruments triad consolidated by the CCP. Above all, the main goal of this work is to instigate the debate among jurists, in order that the procedural gratuity legal reframe acquires, at last, effectiveness.

Keywords: Procedural gratuity. Code of Civil Procedure. Court fees. Partial exemption of court fees.

Submissão: 12/04/2020

Aceite: 27/06/2020

1. INTRODUÇÃO

O objeto central deste estudo recai nos §§5º e 6º do art. 98 do Código de Processo Civil (CPC), os quais, em linha com a evolução tecida no âmbito jurisprudencial e doutrinário, prescrevem as modalidades de concessão seletiva, percentual ou parcelada da gratuidade de justiça:

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Dessa forma, a tríade de instrumentos gradativos consagrada pelo CPC confere à justiça gratuita atributos de delimitação (concessão seletiva) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada). Todavia, transcorridos quatro anos de vigência do já não tão novo Código Processual, a prática forense ainda se apega a um modelo binário (MARCACINI; MARTINS, 2016) de deferimento ou indeferimento integral do benefício.

Tal fenômeno é diagnosticado pelo Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal (CNIJF), o qual, em estudo voltado a minimizar os impactos orçamentários da gratuidade à Justiça Federal, adverte para a necessidade de amadurecimento da matéria:

Pouco se debateu, até o momento, sobre a possibilidade da concessão de gratuidade limitada, à luz das disposições do novo CPC. A tendência se manteve a mesma que já era adotada sob a égide do CPC de 1973. (BRASIL, 2019a, p.18).

Verifica-se, assim, uma dissonância entre (i) o apego da prática forense a um procedimento de apreciação binária do benefício *versus* (ii) a flexibilidade gradativa proporcionada pela sofisticação da legislação processual. Nesse descompasso, a irrefletida replicação de uma ultrapassada concepção acerca da gratuidade de justiça anula todo o avanço

legislativo no regramento do benefício e, por conseguinte, obstrui o florescimento tanto dos consagrados atributos de delimitação e fracionamento quanto das implicações deles decorrentes.

Com o objetivo de fomentar reflexões necessárias à reversão desse cenário, o presente artigo divide-se em duas partes centrais. Na primeira, propõe-se a sistematização dos conceitos de concessão parcial, seletiva, percentual ou parcelada do benefício e, em seguida, delineia-se as vantagens imediatas de suas aplicações. Firmados esses conceitos, a segunda parte dedica-se a explorar algumas problemáticas resultantes da resistência em se conferir eficácia aos §§5º e 6º do art. 98².

2. ESPÉCIES DE CONCESSÃO PARCIAL DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A análise da literatura nacional revela a pacificação do termo “concessão parcial” para fazer referência às disposições dos §§5º e 6º do art. 98 como um todo³. Assim, ao menos no campo doutrinário, a existência de uma terceira via, alternativa ao deferimento ou indeferimento integral do benefício, parece suficientemente esclarecida.

Todavia, ao se restringir a análise às previsões específicas dos §§5º e 6º do art. 98, constata-se a ausência de distinção entre cada uma das três modalidades de concessão parcial da justiça gratuita. Didier e Oliveira (2016) definem-nas como formas de modulação. Fernanda Tar-tuce e Delloro (2014) restringem-se a enumerá-las, sem propor algum tipo de classificação distintiva. Ticiano Silva (2015)⁴ e Marcacini (2016)⁵ parecem não considerar, sob o aspecto formal, o parcelamento como uma espécie de concessão parcial do benefício, embora reconheçam tanto a existência quanto o oportunismo daquele instrumento.

2 Em prol da fluidez da leitura deste trabalho, a menção a dispositivos do Código de Processo Civil far-se-á desacompanhada da expressão “do CPC”.

3 (MARCACINI; MARTINS, 2016).

4 “Na prática, ao invés de indeferir totalmente o benefício, o juiz poderá deferir o benefício parcial ou parceladamente, fazendo valer a justa medida na aplicação do direito fundamental à justiça gratuita.” (SILVA, 2015, p. 306).

5 “Nesse sentido, o novo CPC foi mais explícito, reconhecendo, com inegável propriedade, essa possibilidade [concessão parcial], bem como a de parcelamento dos pagamentos, tal como se encontra definido nos §§5º e 6º do art. 98” (MARCACINI; MARTINS, 2016, p. 38).

Com o intuito de propiciar o aprofundamento individual de cada elemento da tríade de instrumentos gradativos prevista pelos §§5º e 6º do art. 98, propõe-se a uniformização da terminologia.

Dessa forma, a concessão parcial é gênero composto por três espécies (ou modalidades). Denomina-se *seletiva* a delimitação do benefício à isenção de uma ou algumas das espécies típicas e atípicas⁶ de despesas processuais. Por sua vez, as modalidades de concessão *percentual* e *parcelada* concernem, respectivamente, à possibilidade do beneficiário custear tão somente uma porcentagem das despesas processuais ou adimpli-las de forma parcelada.

Embora não se possa atribuir ineditismo ao CPC na pacificação da possibilidade de concessão percentual do benefício (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, p. 53)⁷⁻⁸, há de se apontar a originalidade do Diploma Processual em ampliar os instrumentos de dosagem da hipossuficiência financeira das partes, alçando ao patamar legal, de forma inovadora, a possibilidade de concessão seletiva ou parcelada da justiça gratuita.

6 As despesas atípicas são aquelas que, embora não previstas expressamente nos incisos do art. 98, §1º, estão igualmente abrangidas pelo benefício por força da cláusula geral inserida ao fim do inciso VIII: “os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”. A título de exemplo, defende-se o direito do beneficiário da gratuidade de justiça integral em ver-se isento das custas de digitalização dos autos físicos, por vezes requisitada pelos Tribunais como condição ao processamento do cumprimento de sentença via sistema eletrônico (TJDFT: Portaria Conjunta nº 85 de 29.09.2016; e TRF – 3ª Região: Resolução PRES nº 142, de 20.07.2017).

7 De fato, doutrina e jurisprudência já admitiam, com amparo na truncada redação do art. 13 da Lei nº 1.060/50, a concessão percentual do benefício:

“Uma vez concedido o benefício, a regra é que o beneficiário alcança in totum as benesses da assistência judiciária; contudo, se há possibilidade dele arcar com parte dos custos, em qualquer momento da relação jurídica de direito processual, pode o juiz determinar que ele suporte parcela fixa ou variável daqueles. (...) Então, o benefício pode ser concedido em parte, como, por exemplo, cabe ao beneficiário arcar com 30% das despesas judiciais.” (CAMPO, 2002, p. 77). Nesse mesmo sentido: (STJ - AgRg no Ag: 632839 MG 2004/0140886-1, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 28/03/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/05/2006 p. 312); e (STJ - REsp: 790807 MG 2005/0176360-4, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 09/10/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/11/2007 p. 225).

8 Deveras, a primeira menção do ordenamento jurídico pátrio à concessão percentual do benefício, guardadas as devidas adequações cronológicas, aparenta remontar ao art. 99 da Lei nº 261/1.841: “Sendo o réu tão pobre que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do cofre da Camara Municipal da cabeça do Termo, guardado o seu direito contra o réo quanto á outra metade.” (ALVES; VIEIRA, 2005, p. 276).

Para além dos contornos conceituais básicos, é necessário constatar que a contribuição dos §§5º e 6º do art. 98 não se limita a consagrar as hipóteses de concessão parcial da gratuidade de justiça. Em verdade, a incorporação de tais modalidades à legislação implica a ressignificação da própria natureza do benefício.

Ao estabelecer hipóteses de gradação da justiça gratuita, os §§5º e 6º do art. 98 são responsáveis por conferir atributos de delimitação (concessão seletiva) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada) à gratuidade de justiça – o benefício torna-se, por essência, divisível.

Portanto, sob a égide do CPC, a tríade de instrumentos gradativos consagrada pelos §§5º e 6º do art. 98 implica a ruptura definitiva com uma concepção unitária da justiça gratuita, segundo a qual a apreciação do pedido ao benefício é pautada por um modelo binário de irrefletido deferimento ou indeferimento integral.

A análise do requerimento do benefício deixa de ser feita com base no tudo ou nada, oito ou oitenta. (...) A modulação ganha importância exatamente aí: nas situações limítrofes, em que o requerente não é tão evidentemente pobre, mas tampouco é notoriamente abastado. Em situações tais, o pensamento do tudo ou nada fatalmente causaria um prejuízo a alguém. Com a possibilidade, agora expressa, de concessão de um benefício alternativo, o julgador pode viabilizar uma solução para aquele caso em que o requerente tem, ao menos, condições de antecipar urna parte do pagamento, ou o pagamento da maioria dos atos processuais, ou ainda o pagamento parcelado. (DIDER; OLIVEIRA, 2016, p. 54)

A ressignificação demonstra-se benéfica tanto aos jurisdicionados quanto ao Estado. Quanto aos primeiros, tem-se que a aptidão ao recolhimento de custas de menor expressividade não autoriza a presunção de capacidade financeira ao custeio de despesas notadamente supe-

riores, igualmente listadas no rol exemplificativo⁹ do art. 98, §1º, tais quais as decorrentes de: exames de código genético – DNA (art. 98, §1º, V); honorários sucumbenciais e periciais (art. 98, §1º, VI); memórias contábeis (art. 98, §1º, VII); e emolumentos cartoriais (art. 98, §1º, IX).

Sob a perspectiva estatal, acaso o jurisdicionado demonstre a insuficiência de recursos para o depósito requisito da ação rescisória (art. 968, §1º), cujo teto se estende a até 1.000 salários-mínimos, não se faz apropriado estender o benefício a todo o leque de despesas processuais, notadamente àquelas de menor monta, tal qual o preparo atrelado à eventual interposição de recurso especial, alçado em aproximadamente 1/5 do salário-mínimo vigente¹⁰.

Em suma, as singularidades observáveis em casos concretos levaram à sofisticação do benefício da gratuidade de justiça. Se, por um lado, não incumbe ao Estado arcar com a integralidade de despesas processuais relativas a jurisdicionado parcialmente hipossuficiente, decerto não se pode negar assistência estatal, em grau adequado, ao litigante não inserto em um quadro de miserabilidade¹¹.

Quanto às espécies de concessão parcial do benefício impende, ainda, uma última consideração. Uma vez que a tríade de instrumentos gradativos destina-se, precisamente, a propiciar uma melhor alocação das despesas judiciais à capacidade financeira do beneficiário, nada obsta que tal objetivo seja alcançado pela aplicação cumulativa das modalidades intermediárias do benefício:

Embora o NCPC não contemple a hipótese de maneira explícita, plenamente possível, a meu ver, a combinação de

9 (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, pp. 27-28).

10 Salário mínimo vigente: R\$ 1,045,00 (Medida Provisória nº 919/2020). Custas fixas do Recurso Especial: R\$ 194,12. Resolução STJ/GP N. 2 de 21 de Janeiro de 2020. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/138998/Res_2_2020_PRE.pdf. Acesso em 19 fev. 2020.

11 Neste aspecto, impende destacar a superação legislativa dos paradigmas de pobreza e necessidade então vigentes sob a Lei nº 1.060/50 (arts. 2º, parágrafo único e 4º, §1º), os quais foram sucedidos pela consagração do critério de “insuficiência de recursos” como requisito à concessão do benefício da gratuidade (art. 5º, LXXIV, da CF e art. 98, caput, do CPC). Em igual sentido assinala a doutrina:

“É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. (...) Por isso mesmo, nem sempre o beneficiário será alguém em situação de necessidade, de vulnerabilidade, de miséria, de penúria – sobretudo agora, com a possibilidade expressa de modulação do benefício.” (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, pp. 60-61).

todas as três benesses referidas, vale dizer, a concessão de redução percentual da despesa de um só ato processual, mediante pagamento parcelado. (SILVA, 2015, p. 306).

Findas as considerações necessárias à compreensão da ressignificação da gratuidade de justiça promovida pelo CPC, avança-se à análise de algumas questões que demonstram a impropriedade da prática forense em lidar com o novo regramento legal do benefício, em especial, com os atributos de delimitação e fracionamento consagrados pelo Código.

3. GRATUIDADE DE JUSTIÇA PÓS-CPC – INADEQUAÇÕES DA PRÁTICA FORENSE

a. Recolhimento do preparo e pedido recursal à justiça gratuita – atos incompatíveis?

Verifica-se relativa estabilidade no entendimento de Tribunais pátrios, seja no âmbito federal¹², seja no âmbito estadual¹³, de que o recolhimento do preparo seria ato incompatível com o pleito recursal à gratuidade de justiça e, por conseguinte, impossibilitar-se-ia a apreciação do pedido ao benefício. Tal entendimento é sintetizado no Enunciado da Súmula nº 51 do TJ/SC, publicado pelo respectivo Órgão Especial em abril de 2019:

Súmula nº 51 TJ/SC: O pedido de justiça gratuita seguido do pagamento do preparo pelo recorrente é considerado

12 (TRF-4 - AC: 50057269020164047102 RS 5005726-90.2016.4.04.7102, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 16/01/2019, QUARTA TURMA); (TRF-3 - AI: 00077394320164030000 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 21/06/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2017).

13 (TJ-RR - EDecAC: 08003321020158230060 0800332-10.2015.8.23.0060, Relator: Des. , Data de Publicação: DJe 21/05/2019);

(TJ-MG - AC: 10701150259995001 MG, Relator: Maurílio Gabriel, Data de Julgamento: 14/03/2019, Data de Publicação: 22/03/2019);

(TJ-DF 07393152920178070001 DF 0739315-29.2017.8.07.0001, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 22/08/2018, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/08/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.);

(TJ-BA - AGV: 0004039172010805015050000, Relator: Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 19/07/2018).

ato incompatível com o interesse de recorrer, impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto.

O referido entendimento é chancelado, inclusive, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁴, cuja missão de uniformizar a interpretação da legislação federal fixa as balizas da jurisprudência nacional:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. BANCÁRIO. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA FORMULADO NA APELAÇÃO CONCOMITANTE COM RECOLHIMENTO DO PREPARO. INCOMPATIBILIDADE. PRECLUSÃO LÓGICA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO

ESPECIAL IMPROVIDO. (...) Efetivamente, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que, ao realizar o preparo prévio do recurso, a parte pratica ato incompatível com o seu pedido de assistência judiciária gratuita, o que configura preclusão lógica, além de que o recolhimento do respectivo preparo denota a possibilidade econômica da parte em arcar com os custos do processo. (STJ - REsp: 1610939 DF 2016/0156032-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 28/03/2017)

Para além de maiores considerações quanto à concepção do benefício da gratuidade de justiça, uma breve reflexão acerca dos desdobramentos da tese jurisprudencial revela indícios de acentuada incoerência.

14 Nesse sentido, confira-se tese exposta na Edição nº 150 do informativo “Jurisprudência em Teses” do STJ (12.06.2020):

“15) O recolhimento das custas é ato incompatível com o pleito de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, pela proibição de a parte adotar comportamentos contraditórios - venire contra factum proprium.”

Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20150%20-%20Gratuidade%20da%20Justica%20-%20III.pdf. Acesso em 28 jun. 2020.

Embora a impossibilidade de arcar com as custas judiciais ordinárias (art. 98, §1º, I e VIII) redunde na impossibilidade de arcar com diligências de maior monta (art. 98, §1º, V, VI, VII e IX), tem-se que o contrário não necessariamente seja verdade¹⁵. É dizer: não se pode pressupor que a possibilidade financeira do litigante em arcar com custas de menor expressividade (iniciais e recursais) implique a aptidão ao pagamento de despesas mais custosas, tais quais as diligências probatórias (tradução juramentada, exame pericial) e executivas (avaliação, averbação, memória de cálculo), igualmente inerentes ao processo.

Não obstante, o referido entendimento extrapola o âmbito jurisprudencial, sendo, inclusive, replicado em manuais de Direito:

Caso o recorrente realize o preparo prévio, haverá preclusão lógica [do recurso interposto contra o indeferimento do pedido de justiça gratuita], porquanto tal ato, segundo o entendimento do STJ, é incompatível com a vontade de obter o benefício. (DONIZETTI, 2017, p. 181).

Conforme adiantado pelo excerto doutrinário, a tese de incompatibilidade entre o ato de recolhimento do preparo e o pedido recursal à gratuidade é precipuamente alicerçada no instituto da preclusão lógica, sendo complementada, ainda, pela alegação de renúncia tácita ao benefício. Todavia, ambos os eixos argumentativos sucumbem em face da ressignificação da gratuidade de justiça proporcionada pelos §§5º e 6º do art. 98.

A preclusão lógica é instituto que obsta a prática de um ato incompatível com outro previamente adotado no processo¹⁶ (ROCHA, 2010, p. 82). Logo, classificar o recolhimento do preparo como ato incompatível com o pedido de concessão da gratuidade de justiça, por pressupor uma oposição diametral entre ambos, realça o apego a uma ultrapassada concepção unitária do benefício – incompatível com os atributos de delimitação e fracionamento instituídos pelos §§5º e 6º do art. 98.

Note-se que, recolhido o depósito recursal, a única incompatibilidade processual oponível ao recorrente reside no pedido de isenção às

15 Afinal, embora quem possa mais, possa menos, tem-se a impossibilidade de se afirmar, a priori, o contrário.

16 Em igual sentido: (SILVA, 2000, p. 209).

custas do próprio recurso interposto (art. 98, §1º, VIII). Uma vez que, interposto o recurso, o recorrente permanece sujeito ao pagamento (i) integral e (ii) imediato de (iii) todas as demais espécies típicas e atípicas de despesas judiciais, a apreciação pelo órgão colegiado no sentido de concessão (i) percentual, (ii) parcelada ou (iii) seletiva do benefício demonstra-se inequivocamente útil ao recorrente¹⁷, não havendo de se falar em não conhecimento da matéria por falta de interesse recursal¹⁸.

Pelas mesmas razões, tem-se por inaplicável a tese de irrestrita aceitação tácita em desfavor do recorrente que se insurge contra o indeferimento do benefício da gratuidade de justiça e, ao mesmo tempo, promove o recolhimento do preparo recursal. Em tal cenário, a aceitação tácita deve circunscrever-se à anuência da parte em arcar especificamente com as custas do recurso interposto, em nada maculando seu interesse recursal em ser albergada pela concessão seletiva, percentual ou parcelada das demais espécies de despesas processuais. Ademais, convém salientar que a aceitação tácita é legalmente condicionada a “prática, *sem nenhuma reserva*, de ato incompatível com a vontade de recorrer.” (art. 1.000, parágrafo único), hipótese não verificada, por óbvio, quando o recorrente expressamente impugna a decisão que indeferiu o benefício.

O recolhimento do preparo, à luz dos núcleos argumentativos de preclusão lógica e renúncia tácita, possibilita ao julgador concluir tão somente pela capacidade financeira da parte em arcar, especificamente, com as custas recursais. Poder-se-ia, ainda, ir além, fixando-se o valor de tais custas como vetor de avaliação na concessão do benefício, presumindo-se a capacidade da parte em arcar integralmente com as despesas de valor inferior ao preparo, ou, ainda, adotando-se o valor

17 Essa utilidade [da prestação jurisdicional] deve ser analisada sob a perspectiva prática, sendo imperioso se observar no caso concreto se o recurso reúne condições de gerar uma melhora na situação prática do recorrente. Quase todos os problemas referentes ao interesse recursal se resumem a esse aspecto, sendo certo que, não havendo qualquer possibilidade de obtenção de uma situação mais vantajosa sob o aspecto prático, não haverá interesse recursal.” (NEVES, 2010, pp.3-4).

18 Pontua-se, ainda, que a tese de preclusão lógica tampouco encontra amparo na prerrogativa de dispensa do preparo no pedido recursal à gratuidade de justiça (art. 99, §7º). Transmudar a opção do recorrente pela não utilização de tal prerrogativa em óbice ao conhecimento do recurso constituiria posicionamento incoerente, particularmente quando constatado que, para além da inexistência de prejuízos à parte contrária, o único beneficiado pelo recolhimento do preparo é, precisamente, o Estado-juiz.

deste como parâmetro para a definição do número de parcelas a serem fixadas ao pagamento de despesas de maior monta.

O que o sistema processual vigente não admite, porquanto eivado de flagrante incoerência, é que a manifestação da capacidade em arcar com apenas uma espécie de despesa processual seja utilizada pelo julgador como subterfúgio para sequer conhecer do pedido à isenção ao amplo espectro de despesas supervenientes.

Assim, é um engano pressupor que o recolhimento do preparo, apenas uma das inúmeras espécies típicas e atípicas de despesas processuais, anule o interesse recursal em rediscutir a incidência seletiva, percentual ou parcelada do benefício aos demais encargos que o recorrente entende ser incapaz de custear. Em tal salto conclusivo, reside a ilegal concepção da gratuidade de justiça incorporada pelo entendimento jurisprudencial ora combatido.

b. Instauração de um novo paradigma de apreciação dos pedidos à gratuidade de justiça

Conforme exposto, a ampla flexibilidade na alocação das despesas processuais não encerra as contribuições dos §§5º e 6º do art. 98 à sofisticação da gratuidade de justiça no Direito Processual brasileiro. Isto porque, ao consagrar os atributos de delimitação e fracionamento, os dispositivos impõem uma alteração paradigmática dos provimentos jurisdicionais aplicáveis ao pedido de concessão do benefício.

Prima facie, deve-se compreender que, em geral, os pedidos submetidos à apreciação judicial comportam três hipóteses de provimentos jurisdicionais (art. 490): (i) acolhimento integral; (ii) rejeição integral; ou (iii) acolhimento parcial – sendo esta última restrita aos pedidos passíveis de fracionamento, nos quais cabe ao magistrado negar provimento à fração à qual a parte carece de direito¹⁹.

Assim, nos pedidos insuscetíveis de fracionamento, tal qual a entrega de coisa indivisível, a atuação do magistrado é, a princípio²⁰, res-

19 “É possível que ocorra a chamada procedência parcial: quando se pleiteia uma indenização «X» e o magistrado concede «X- V», p. ex.” (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, p. 741).

20 Desconsidera-se, no ponto, a possibilidade de conversão em perdas e danos uma vez impossibilitada a concessão da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (art. 499).

trita às hipóteses de acolhimento ou rejeição integrais. Noutro giro, os pedidos fracionáveis, referentes, por exemplo, às obrigações pecuniárias ou de fazer concernentes a objetos divisíveis, conferem ao magistrado uma terceira hipótese, qual seja, o acolhimento parcial do pedido.

Sendo a gratuidade de justiça legalmente dotada dos atributos de delimitação (seletividade) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada), não há dúvida quanto ao pertencimento do benefício a este último grupo. A ressignificação do benefício promovida pelo CPC demanda, portanto, uma nova postura do órgão julgador destinatário do pleito à justiça gratuita.

Nesse sentido, ao ditar que a gratuidade *poderá* ser concedida parcialmente, o legislador não confere ao magistrado uma faculdade, mas insere no âmbito da apreciação judicial uma terceira hipótese que, acaso aplicável às especificidades financeiras do caso concreto (capacidade da parte x despesas a serem custeadas), *deverá* ser concedida ao litigante parcialmente hipossuficiente, sob risco de injustificada negativa ao direito constitucional de assistência estatal aos desprovidos de suficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF).

Portanto, a consagração dessa terceira via de provimento do benefício retira do magistrado, quando interpelado por parte parcialmente hipossuficiente, a *faculdade* de sopesar a aplicabilidade de concessão parcial do benefício, cuja análise torna-se *compulsória*, seja por melhor se coadunar ao princípio de fundamentação das decisões (art. 11), seja por proporcionar melhor alocação dos custos processuais entre as partes e o Estado-juíz. Quanto a esse novo procedimento jurisdicional, leciona José Eduardo Martins:

Feito o pedido, o juiz o apreciará e decidirá pelo seu deferimento, parcial indeferimento ou indeferimento. No caso de parcial indeferimento, a gratuidade poderá ser concedida pelo magistrado apenas para alguns procedimentos ao invés de todos ou determinar percentagem ou parcelamento menor do que o pleiteado. (MARTINS, 2019, p. 221)

Noutro giro, o provimento jurisdicional que, ao verificar a hipossuficiência *parcial* de recursos pelo jurisdicionado, indefere *integralmente* o benefício da gratuidade de justiça, demonstra-se tão equivocado

quanto a decisão que, ao reconhecer tão somente parcela da soma pleiteada pelo autor, indefere integralmente o pedido deduzido em juízo.

Assim, a prestação adequada da garantia de acesso à justiça depende de uma análise individualizada do suporte estatal a ser conferido às partes parcialmente hipossuficientes, de modo a não tolher o direito fundamental destas em acionar o Judiciário, nem tampouco infligir ao Estado o ônus de injustificada cobertura de gastos:

Desse modo, o novo CPC melhor regula a situação de impossibilidade relativa de pagamento das despesas. Fossem os gastos, no caso concreto, de apenas algumas centenas de reais, para um litigante de classe média-alta não haveria óbice ao acesso à justiça; entretanto, quando tais despesas podem entrar na casa das dezenas de milhares de reais, é improvável que, à exceção dos mais abonados do extremo ápice da pirâmide social, a parte tenha condições de adiantar as custas incidentes sobre o feito. Negar-lhes o benefício, nesse caso, seria uma afronta ao direito de acesso à justiça; mas, por outro lado, a gratuidade completa também não soa adequada. Mostrou-se bastante oportuna, portanto, a afirmação expressa da possibilidade de concessão de gratuidade parcial, trazida pelo CPC/2015, cabendo ao magistrado, caso a caso, determinar a proporção do benefício a ser concedido ao requerente. (MARCACINI; MARTINS, 2016, p. 39).

Preserva-se, assim, o direito de acesso à justiça em igualdade de condições, o qual, para além da estatura constitucional (art. 5º, LXXIV), é refletido pelo CPC no *dever* do magistrado em assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I), bem como na norma fundamental do processo civil à paridade de armas, expressamente estendida aos ônus processuais e aos meios de defesa (art. 7º)²¹.

c. Análise da crítica ao regramento da concessão parcial da gratuidade de justiça pelo CPC

21 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Embora a consagração das modalidades intermediárias de concessão da gratuidade de justiça demonstre-se indubitavelmente benéfica tanto aos jurisdicionados quanto ao Estado, a previsão legislativa não ficou isenta de críticas: a principal concerne à omissão da legislação quanto aos meios de implementação do benefício parcial. Nesse sentido, assinala Dellore:

O grande problema é que a legislação não traz critérios sobre quando e como isso será aplicado, deixando de apresentar quaisquer parâmetros para que haja a aplicação dessas inovações. (DELLORE, 2015).

Conquanto se partilhe da apreensão relatada pelo autor quanto aos meios de implementação da gratuidade de justiça parcial, discorda-se do direcionamento de tal crítica ao Diploma Processual. Afinal, a cristalização de requisitos legais rígidos – com pretensão de aplicação universal e genérica – demonstrar-se-ia incompatível com características inerentes ao benefício da gratuidade de justiça.

A sistemática da justiça gratuita é, precisamente, pautada por um binômio composto por duas variáveis – capacidade financeira da parte x despesas processuais a serem custeadas. Dessa forma, as singularidades de cenários financeiros verificáveis, associadas a amplitude dos custos atrelados às inúmeras espécies processuais existentes, inviabilizam a prévia fixação legislativa de requisitos para a concessão do benefício.

O adequado regramento do instituto demonstra-se, portanto, indissociável de uma análise pormenorizada do caso concreto, na qual o sopesamento do binômio capacidade x despesas resulte na alocação dos custos judiciais em patamar adequado aos recursos financeiros do beneficiário.

Aliás, a necessidade de alocação de despesa patrimonial de forma individualizada, realizada caso a caso pelo órgão julgador, não é exclusividade do regramento da justiça gratuita. A título de exemplo, tem-se que a fixação de pensão alimentícia igualmente depende do confronto, no caso concreto, entre a possibilidade do alimentante x necessidade do alimentado²². No mesmo sentido, a padronização legal de indenizações por dano moral é objeto de consistentes críticas²³, sendo a adequada fi-

22 Art. 1.694, §1º, do CC. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

23 Sintetiza-se a crítica doutrinária em: CASAGRANDE, C. A Reforma Trabalhista e a In-

ção do *quantum* indenizatório resultado de apreciação específica do trinômio compensação x punição x prevenção²⁴.

À semelhança das hipóteses ilustradas acima, a atuação legislativa no regramento da gratuidade de justiça deve se restringir a delinear os contornos gerais do benefício. Nesse aspecto, ao pacificar a possibilidade de concessão parcial da gratuidade de justiça, bem como enumerar a respectiva tríade de instrumentos gradativos, os §§5º e 6º do art. 98 representam exemplo de calibrada contribuição legislativa²⁵.

Erigir critérios rígidos para a concessão da justiça gratuita não constitui, portanto, atribuição do legislador. A tarefa que lhe incumbia, qual seja, consagrar e especificar as modalidades de concessão parcial da gratuidade, fora devidamente desempenhada. Fixados os contornos legislativos do benefício, cabe aos *operadores do direito* promover, no âmbito jurisdicional e doutrinário, o desenvolvimento de procedimentos²⁶ que favoreçam a implementação da tríade de instrumentos gradativos elencada pelos §§5º e 6º do art. 98. Um ensaio de algumas propostas iniciais é delineado no próximo item.

d. Considerações acerca dos meios de implementação do benefício parcial da gratuidade de justiça

constitucionalidade da tarificação do dano moral com base no salário do empregado. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba: Paraná, v.2, n. 3, pp. 91-103, dezembro. 2017. Ainda, Enunciado da Súmula nº 48 do TRT-23ª Região: “É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo § 1º, incisos I a IV, do art. 223-G da CLT por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuítos pedagógico e de reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88.”

24 (STJ – REsp: 1440721 GO 2014/0050110-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 11/10/2016 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 11/11/2016).

25 Como representante de intervenção legislativa não calibrada, tem-se a pretensa regra de impenhorabilidade das verbas salariais mensais inferiores a 50 salários-mínimos (art. 833, §2º – excetuadas as hipóteses de prestação alimentícia). Em vez de permitir ao julgador conciliar, diante das especificidades do caso concreto, a satisfação do crédito x a manutenção digna do devedor, o legislador condicionou tal análise a um patamar de renda absolutamente alheio à realidade brasileira – em valores atuais (2020), 30% superior ao teto do funcionalismo público federal.

26 É o caso, por exemplo, da aprimoração do método bifásico como procedimento mais criterioso e coerente para a fixação de indenização por danos morais. Acerca do tema: VENOSA, S. S.; RODRIGUES, C. Quantificação de danos extrapatrimoniais. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. Editora: Atlas, 2018. Pp. 395-416.

Em razão da alteração paradigmática dos provimentos jurisdicionais regularmente aplicáveis ao pedido de concessão da justiça gratuita, o pleito ao benefício, à luz da sistemática consagrada pelo CPC, deve ser sucedido por um novo procedimento do órgão julgador.

Incumbe ao magistrado um exercício de ponderação entre a capacidade financeira demonstrada pela parte x as despesas processuais a serem custeadas para, somente após essa análise, verificar a aplicabilidade das seguintes hipóteses de provimento jurisdicional: (i) acolhimento integral, lastreada na miserabilidade da parte; (ii) rejeição integral do pedido, em razão da suficiência financeira do requerente frente aos gastos da demanda; ou (iii) acolhimento parcial, aplicável aos casos intermediários nos quais as condições financeiras da parte não caracterizem hipossuficiência absoluta, tampouco impossibilitem o custeio integral do processo.

A atuação do magistrado é, portanto, central no processo de se conferir eficácia à nova sistemática da gratuidade de justiça. Uma vez que a adequada alocação dos custos processuais depende da correta compreensão acerca das reais condições financeiras do requerente, faz-se oportuno apresentar instrumentos de reinterpretção da auto-declaração de hipossuficiência²⁷, em conformidade com a ressignificação da justiça gratuita proporcionada pelo CPC.

Segundo os §§2º e 3º do art. 99²⁸, (i) a declaração de hipossuficiência aduzida por pessoa natural presume-se verdadeira²⁹; portanto, (ii) o ônus da efetiva comprovação de hipossuficiência somente incumbe ao reque-

27 Observa-se que a declaração de hipossuficiência financeira goza de presunção relativa de veracidade desde 1986, a partir da nova redação conferida ao art. 4º, §1º, da Lei nº 1.060/50. Todavia, a hodierna interpretação do dispositivo correspondente no CPC (§3º do art. 99) não pode ser feita à margem da sistemática conferida pelo mesmo Código à gratuidade de justiça.

28 § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

29 O alto grau de credibilidade conferido pelo ordenamento pátrio à autodeclaração de hipossuficiência, embora fundado em propósito louvável, torna o mecanismo particularmente suscetível ao amparo de declarações inverídicas. Embora esse mesmo ordenamento estipule contrapesos para inibir a desvirtuação da autodeclaração, tal qual multa de até o décuplo das custas (art. 100, parágrafo único), a prática revela índices ínfimos de aplicação da sanção pecuniária, bem como a inexistência de responsabilização penal dos requerentes de má-fé, conforme diagnosticado por Arake e Gico Jr. (2014).

rente acaso determinado pelo juiz; e (iii) tal determinação depende de elementos nos autos que evidenciem a ausência dos pressupostos legais para concessão do benefício.

Pois bem. A apresentação de pedido genérico à gratuidade de justiça, isto é, desprovido de menção às hipóteses intermediárias elencadas nos §§5º e 6º do art. 98³⁰, é compreendido como de natureza integral. Dessa forma, o requerente declara a incapacidade financeira para custear qualquer despesa processual, independentemente de seu valor.

A declaração de tal quadro financeiro demanda particular atenção dos órgãos julgadores, notadamente aqueles vinculados a Tribunais que apresentem valores fixos para as custas judiciais. É o caso, por exemplo, do TRF-1, cujas ações cíveis ordinárias apresentam custas iniciais mínimas de R\$ 5,32 – mesmo valor de piso do recurso de apelação³¹.

Nesse contexto, pleiteada a justiça gratuita integral em ação cível ordinária perante a Corte federal, encontra-se o magistrado legitimado a demandar, com fulcro no §2º do art. 99, a apresentação de documentos comprobatórios do quadro de hipossuficiência que impossibilita o pagamento de custas correspondentes a 1/200 do salário mínimo.

Isto porque, estando a concessão da justiça gratuita sujeita à análise do binômio capacidade da parte x despesa, a imposição do ônus de comprovar a hipossuficiência pode decorrer tanto do baixo valor da despesa a ser custeada quanto da verificação de indícios de suficiência financeira da parte. Acerca desta última hipótese, faz-se digno de nota o Enunciado nº 206 do FONAJEF:

Para fins de gratuidade da justiça, a presença de elementos (local de domicílio, comprovante de rendimentos, profissão, extrato de informações sociais, contas de energia elétrica, dentre outros) que enfraqueçam a presunção da declaração de hipossuficiência justifica o

30 Nada obsta que o próprio requerente apresente o pleito à concessão seletiva, percentual e/ou parcelada da gratuidade de justiça. Tal estratégia demonstra-se particularmente recomendável aos parcialmente hipossuficientes, os quais, ao restringirem o âmbito da isenção almejada, conferem maior precisão à análise (capacidade x despesa) a ser realizada pelo magistrado e, por conseguinte, aumentam as chances de êxito à concessão parcial frente ao improvável deferimento integral do benefício.

31 Portaria Presidencial nº 9902830: Anexo I, Tabela I e Anexo II, itens 1.1 e 1.2.

Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/Processos/CalculoDeCustas/arquivos/SEI_TRF1%20-%209902830%20-%20Portaria%20Presi.pdf. Acesso em 19 fev. 2020.

indeferimento ou a imposição de ônus à parte requerente de comprovação da condição alegada.

Esse exercício investigativo, associado aos documentos apresentados pela parte, possibilita ao juiz, inclusive, decidir o pleito ao benefício a partir da fixação de um montante máximo de custas mensais a serem custeadas pela parte³². A observância ao teto fixado, por sua vez, pode ser implementada tanto pelo desconto percentual quanto pelo parcelamento das despesas que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento (§§5º e 6º do art. 98).

Outro mecanismo de implementação da gratuidade de justiça parcial recai na concessão seletiva do benefício por meio de uma delimitação excludente, isto é, delimitando-se as espécies de custas processuais não abrangidas pela isenção ao recolhimento.

A delimitação da proposta requer uma breve constatação. A fim de coibir a indesejada prática de protelação recursal, a sistemática introduzida pelo CPC impõe ao pretense recorrente uma prévia análise quanto à probabilidade de êxito *versus* os riscos financeiros atrelados a eventual sucumbência recursal, dentre os quais o §11º do art. 85 figura como maior expoente³³.

Diante da sistemática recursal vigente, a gratuidade de justiça – ao isentar o beneficiário da exigibilidade imediata dos honorários sucumbenciais (art. 98, §1º, VI e §3º) – não pode ser transmudada em mecanismo de proteção à irrefletida e abusiva protelação recursal³⁴. Ao contrário, deve-se conciliar a racionalização da atividade recursal com a previsão de tutela do Estado aos parcialmente hipossuficientes.

32 Nada obsta a revisão da decisão com base no demonstrado agravamento das condições financeiras do beneficiário. Nesta hipótese, a alteração no regramento individual do benefício produz efeitos *ex nunc*, isto é, não retroage às despesas já consolidadas (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, p. 50), por força da natureza constitutiva da decisão que concede, de forma integral ou parcial, a gratuidade de justiça.

33 “A ‘ratio’ da norma contida no §11 do artigo 85 do CPC/2015 está, justamente, em levar a parte sucumbente a refletir sobre as reais chances de êxito de um eventual recurso seu. Com a possibilidade de majoração dos honorários a que a parte sucumbente já foi condenada, o novo Código busca frear a interposição de recursos que estejam, desde logo, fadados ao insucesso, recursos que, no mais das vezes, são interpostos apenas com intuito protelatório.” (STJ. Recurso Especial: REsp 1710018 PR 2017/0292802-2. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. DJ: 07/12/2017).

34 Em outros dizeres, o benefício destinado a garantir o acesso à justiça não pode ser desvirtuado em instrumento viabilizador de aventuras judiciais, por meio das quais o Poder Judiciário se torna um cassino no qual tudo se joga porém nada se perde. (MARTINS FILHO, 2019, p. 94).

Nesse sentido, ao conhecer a capacidade financeira da parte e o valor do preparo correspondente aos recursos cabíveis no processo³⁵ (capacidade x despesa), o juiz pode aplicar a modalidade de concessão seletiva da justiça gratuita sob uma perspectiva excludente, isto é, conceder isenção a todas as espécies de despesas processuais, à exceção do montante (total ou percentual) do preparo a ser recolhido.

Delimitação semelhante pode ser aplicada, de forma isolada ou cumulativa, a outras espécies de despesas processuais – cartas precatórias³⁶, emolumentos cartoriais³⁷, hasta pública³⁸ – a depender dos atos regularmente esperados pela natureza específica do processo judicial em comento. Nesse sentido, em estudo voltado a minimizar os crescentes gastos suportados pela Justiça Federal – que, somente no ano de 2017, dispendeu R\$ 170.418.280,45 no custeio de perícias judiciais (BRASIL, 2018, p. 3) –, o CNIJF sugere:

Algumas medidas paliativas podem ser implementadas com vistas a reduzir os impactos da concessão da gratuidade judiciária. São elas, entre outras: (i) concessão parcial da gratuidade, quando for o caso; (ii) pagamento de parte das despesas com perícia pelo beneficiário (ou pagamento da segunda ou terceira perícias) (...) (BRASIL, 2019a, pp. 28-29)

O zelo e a meticulosidade voltados para o recolhimento de valores, à primeira vista, inexpressivos, podem ser alvo de críticas imediatistas. Todavia, o objetivo da implantação sistemática dessas e outras medidas, por óbvio, não é solucionar, diretamente, o impasse orçamentário do Judiciário³⁹. Busca-se, em verdade, estimular a

35 É o caso dos Tribunais nos quais o custo do preparo independe do valor atribuído à causa, a exemplo do TJDFT, que apresenta custos fixos para apelação (R\$ 17,32) e agravo de instrumento (R\$ 34,46).

36 Custo TRF-1: R\$ 10,64; Custo TJDFT: R\$ 41,47.

37 Interpelação, notificação e protesto judiciais – custo TJDFT: R\$ 34,46.

38 Afixação de editais – custo TJDFT: R\$ 1,73.

As custas judiciais referentes ao TJDFT foram extraídas do Anexo da Resolução nº 1 de dezembro de 2019 – Secretaria de Contas Judiciais TJDFT. Disponível em:

file:///C:/Users/Ana/Downloads/Tabela%20completa%20vig%C3%Aancia%202020.pdf. Acesso em 19 fev. 2020.

39 Segundo dados do Relatório Justiça em Números, a assistência judiciária gratuita (AJG) foi deferida em 34% dos processos em curso no ano de 2018, ressalvadas as ações penais – fato que correspondeu a uma despesa anual de, aproximadamente, 1 (um) bilhão de reais (BRASIL, 2019b, p. 84).

utilização racional do processo, a fim de que este seja precedido de uma análise quanto à probabilidade de êxito da interpelação judicial. Coibe-se, em suma, uma cultura judicial maculada pela infundada, descomprometida e irresponsável litigância.

No ponto, faz-se cabível um último comentário. Em estudo realizado perante três varas cíveis vinculadas ao TJ-RJ, Fábio Tenenblat (2011) constatou acentuada discrepância nos índices de êxito de ações judiciais, a depender da solicitação da justiça gratuita ou não. Dentre um universo de 1.223 ações ajuizadas por pessoas físicas, 23,02% daquelas em que o benefício não fora deferido lograram procedência integral – mais que o dobro do percentual verificado em processos nos quais o autor fora contemplado pela justiça gratuita (11,34%)⁴⁰. Constata-se, assim, fortes indícios de que “os baixos custos de litigar e a inexistência de despesas em caso de sucumbência (risco = zero) contribuem para o aumento do número de ações judiciais, especialmente no que tange à litigância inconsequente.” (TENENBLAT, 2011, p. 31).

Pontua-se, por fim, que a efetiva incorporação do novo paradigma de gratuidade de justiça pela prática forense não é incompatível com o princípio constitucional de acesso à justiça. Ao contrário, mais do que atender à resignificação legal do benefício, a busca por mecanismos aptos a implementar as modalidades de concessão parcial da justiça gratuita demonstra-se indispensável à sustentabilidade e à racionalização do próprio aparato jurisdicional.

Espera-se, assim, que as propostas ora elencadas – as quais não possuem qualquer pretensão de exaurir o tema – sejam recepcionadas, debatidas, aperfeiçoadas e expandidas, de modo a finalmente se conferir eficácia à sistemática da justiça gratuita consagrada pelo CPC.

Observa-se que (i) 14 dos 27 Tribunais de Justiça Estaduais não possuem dados fidedignos quanto aos gastos atrelados à AJG (BRASIL, 2019b, p. 86); e (ii) a soma não reflete os custos especificamente relacionados à gratuidade de justiça, porquanto não abrange, por exemplo, a isenção de despesas judiciais a beneficiários patrocinados por advogados particulares (art. 99, §4º). É provável, portanto, que o impacto orçamentário global referente à concessão do benefício seja ainda maior.

40 Comparativo do desfecho das demais sentenças abrangidas pelo estudo:

Pessoa física sem gratuidade: (i) procedência parcial: 25,44%; (ii) improcedência: 35,31%; (iii) sem resolução do mérito: 16,23%.

Pessoa física com gratuidade: (i) procedência parcial: 18,64%; (ii) improcedência: 46,68%; (iii) sem resolução do mérito: 23,33%. (TENENBLAT, 2011, p. 32).

CONCLUSÃO

O presente artigo foi motivado pelo alheamento dos operadores do direito aos atributos de delimitação e fracionamento da justiça gratuita, os quais, para além dos efeitos imediatos da tríade de instrumentos gradativos descrita nos §§5º e 6º do art. 98, implicam a ressignificação de toda a sistemática da gratuidade de justiça sob o Diploma Processual vigente.

Nesse sentido, apresentou-se uma proposta de uniformização dos conceitos que permeiam os mencionados dispositivos, a saber, a distinção e delimitação tanto do gênero (concessão parcial) quanto das respectivas espécies (seletiva, percentual e parcelada) que possibilitam a flexibilização do benefício. Assim, espera-se que o isolamento conceitual propicie o aprofundamento individualizado, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisdicional, de cada uma das modalidades intermediárias de concessão da justiça gratuita.

Em seguida, buscou-se esclarecer algumas das controvérsias originadas pela incompatibilidade entre o *modus operandi* adotado pela prática forense no trato do benefício e a sofisticação operada no âmbito legislativo, com destaque para a expansão de entedimento jurisprudencial cuja irrefletida replicação arrisca soterrar as benéficas contribuições introduzidas pelos §§5º e 6º do art. 98.

Advertiu-se, por fim, quanto ao papel central a ser desempenhado pelos operadores do direito – e não pelo legislador – no desenvolvimento de mecanismos que permitam a efetiva implementação do novo paradigma de provimentos jurisdicionais aplicáveis aos pedidos à gratuidade de justiça.

Sintetiza-se as propostas apresentadas neste ensaio em três procedimentos centrais: (i) ressignificação de hipóteses que impõem a efetiva comprovação da hipossuficiência financeira autodeclarada, particularmente quando verificado que a concessão integral do benefício implica a cobertura de despesas de baixa monta; (ii) decisão do pleito à justiça gratuita a partir da responsabilização do beneficiário pelo custeio de um montante máximo de custas judiciais, adequado à capacidade financeira específica da parte; e (iii) a delimitação excludente, na qual são definidas, de acordo com as especificidades intrínsecas à natureza de cada pro-

cesso, as espécies de despesa não abrangidas pela gratuidade de justiça, conciliando, quando possível, esse procedimento com a sistemática de racionalização da atividade recursal propalada pelo CPC.

Reafirma-se, por fim, a expectativa de que as reflexões ora expostas sejam aprimoradas e expandidas para outros campos de debate acerca da gratuidade de justiça, seja para fins de aprimorar a prestação de tutela estatal adequada aos vários graus de hipossuficiência financeira do jurisdicionado, seja para incrementar a eficiência, orçamentária e produtiva, do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, C. F.; VIEIRA, J. R. (orientador). *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. 2005. 421p. Tese de Doutorado Teoria do Estado e Direito Constitucional – Programa de pós-graduação do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/RJ.
- ARAKE, H. A; GICO, I. T. Jr. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, pp. 166-178, jan./jun. 2014.
- BRASIL. Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. *Perícias Judiciais em Matéria Previdenciária*. 2018. Nota Técnica 06/2018. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>. Acesso em: 15 fev. 2020.
- _____. *Gratuidade Judiciária: critérios e impactos da concessão*. 2019. Nota Técnica 22/2019. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>. Acesso em: 15 fev. 2020.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. 236p.
- CAMPO, H. M. *Assistência Jurídica Gratuita: Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- DIDIER, F. Jr.; OLIVERA, R. A. *Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____; _____; BRAGA, P. S. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DONIZETTI, E. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2017.
- DELLORE, L.; TARTUCE, F. Gratuidade da justiça no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 236, p. 305-324, 2014.
- _____. Novo CPC: o Lado B da Justiça Gratuita. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-o-lado-b-da-justica-gratuita-13042015. Acesso em 4 ago. 2020.

MARCACINI, A.; MARTINS, M. O beneficiário de gratuidade processual e a concessão do benefício no novo CPC: mais efetividade ao acesso à justiça do carente de recursos. *Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas: v.4, pp. 29-50. 2016.

MARTINS FILHO, I. G. Reformas para o bem comum. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, Brasília, n. 16, pp. 91-97. 2019.

MARTINS, J. E. F. A. A Gratuidade de Justiça no Novo Código de Processo Civil. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 30, pp. 203-229, dez. 2019.

NEVES, D. A. A. *Interesse Recursal e Sucumbência*. 2010. Disponível em: http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151803310.interess_eemrecorrer.pdf. Acesso em 2 mar. 2020.

ROCHA, R. H. M. *A preclusão como instituto essencial à ordem jurídica*. 2010. 198f. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil – Programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS.

SILVA, O. B. *Curso de Processo civil*. São Paulo: RT, 2000, v.1.

SILVA, T. A. O Benefício da Justiça Gratuita no Novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Pernambuco: n. 8, pp. 299-320. 2015.

TENENBLAT, F. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*, v. 15, n. 52, pp. 23-35, jan./mar. 2011.

POR AMOR ÀS CAUSAS PERDIDAS: ENTRE CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS INFLUÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

ON BEHALF OF LOST CAUSES: BETWEEN CONSTITUCIONALISM, NEOCONSTITUCIONALISM AND THEIR INFLUENCES ON THE CONSTITUTION OF 1988

Jady Leonilya Gomes Machado¹

Leôncio Rikelme Medeiros Carneiro²

Maria Sara Paiva Mesquita³

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de estabelecer relações entre as Teorias Constitucionalista e Neoconstitucionalista e pontuar suas consequências na Constituição de 1988, assim, buscando apresentar o positivismo e o pós-positivismo, suas dicotomias e as nuances do pensamento entre Kelsen e os pensadores da Virada Kantiana. Trata-se de uma pesquisa de natureza básica, que prioriza como método de procedimento o teórico-bibliográfico e realiza a abordagem por meio do método dialético. Na análise histórica, é possível inferir que o Constitucionalismo, atrelado às concepções positivistas, degradou a concepção de justiça, tendo em vista as más consequências, manifestadamente, nas tiranias em vários Estados no século XX. Assim, a Virada Kantiana do pós-positivismo influenciou os pensamentos neoconstitucionalistas, resultando em constituições baseadas nos valores e na moral humana, atrelados a princípios do Constitucionalismo positivista, como a Constituição Brasileira de 1988, que, com a característica de ser analítica, trata de garantias bastante específicas. Concebe-se que, apesar das dicotomias, as teorias convergem, resultando em ordens constitucionais como a brasileira, que reitera constantemente em seus dispositivos a importância da proteção às garantias individuais.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Positivismo. Pós-Positivismo. Constituição de 1988.

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Sobral, Ceará, Brasil.

Abstract: This article aims to establish relations between the Constitutionalist and Neoconstitutionalist Theories and to point out their consequences in the 1988 Constitution, thus seeking to present positivism and post-positivism, their dichotomies and the nuances of thought between Kelsen and the thinkers of the Kantian Turn. It is a research of a basic nature, that prioritizes the theoretical-bibliographic method of procedure and the approach is carried out through the dialectical method. In the historical analysis, it is possible to infer that Constitutionalism, linked to positivist conceptions, degraded the conception of justice, in view of the bad consequences, manifestly, in the tyrannies in several States in the 20th century. Thus, the Kantian Turn of post-positivism influenced neoconstitutionalist thoughts, resulting in constitutions based on human values and morals, linked to the principles of positivist Constitutionalism, such as the 1988 Brazilian Constitution, which, with the characteristic of being analytical, deals with very specific guarantees. It is conceived that, despite the dichotomies, theories converge, resulting in constitutional orders such as the Brazilian one, which constantly reiterates in its devices the importance of protecting individual guarantees.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Positivism. Post-positivism. 1988 Constitution.

Submissão: 05/04/2020

Aceite: 27/06/2020

1. INTRODUÇÃO

A teoria constitucional passou por uma evolução nas últimas décadas, sendo decorrente da forte influência do Neoconstitucionalismo como resposta a um longo período de descaso com as garantias individuais. Consequentemente, surgiram mudanças nas fontes jurídicas e nos seus próprios modos de interpretação. No presente artigo, busca-se recordar esse processo gradativo até se chegar no Estado Democrático de Direito, fazendo uma apresentação do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo, explanando como esses movimentos foram e são de fundamental importância para limitar o poder estatal e como eles influenciaram na Constituição Federal de 1988.

À vista disso, vale ressaltar as dicotomias entre as duas teorias e as nuances do pensamento de Kelsen e os pensadores da Virada Kantiana, de modo que Hans Kelsen desenvolve a ideia de positivismo jurídico e estrutura a Teoria Pura do Direito e, em contraponto, o pós-positivismo advindo da “Virada Kantiana”, expõe as ideias que foram o baluarte da neoconstitucionalização do Direito. Posteriormente, analisa-se a realidade constitucional brasileira a fim de abordar os impactos que essas teorias causam na Constituição do Brasil de 1988, sendo esta analítica, rígida, dotada de garantias individuais e direitos fundamentais, que foi promulgada após um longo período de repressão decorrente da Ditadura Militar.

Portanto, ao analisar os fatos históricos, é possível perceber que o Constitucionalismo, atrelado às concepções positivistas, degradou a concepção de justiça, tendo em vista as más consequências, manifestadamente, nas tiranias em vários Estados no século XX. Assim, a “Virada Kantiana” do pós-positivismo, influenciou os pensamentos neoconstitucionalistas, resultando em constituições baseadas nos valores e na moral humana, atrelados a princípios do Constitucionalismo positivista, como a Constituição Brasileira de 1988.

Para fins de realização da pesquisa científica, a originalidade do presente tema alinha-se, no que tange aos aspectos metodológicos, ao desenvolvimento da técnica de pesquisa teórico-bibliográfica, com destaque para consagradas obras doutrinárias, utilizando-se do método de abordagem histórico-dialético, sob a ótica objetiva do método explicativo.

2. METODOLOGIA

O presente artigo constitui-se de uma pesquisa de natureza básica, realizada com a finalidade de agregar análises sobre um determinado assunto, sem que se tenha na pesquisa uma aplicação imediata. Quanto ao procedimento aplicado à pesquisa, foi utilizado o método teórico-bibliográfico, ou seja, que objetiva aprofundar o conhecimento de uma determinada realidade, no caso, apresentar as teorias citadas, as suas problemáticas e tecer, com isso, uma análise crítica das influências à atual conjuntura constitucional brasileira. Tal estudo se fundou sob a ótica objetiva do método explicativo, pois, busca identificar os fatores que causam tal fenômeno, bem como aclarar as suas conexões com a Constituição de 1988. Assim, o método de abordagem empregado foi o histórico-dialético, uma vez que busca compreender a dinâmica, levando em consideração a volatilidade dos fatos sociais, os quais constituem as bases do Direito, consequentemente, do Constitucionalismo, dinâmica essa que o transforma em Neoconstitucionalismo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo: Evolução Histórica.

Desde que o homem passou a conviver em sociedade, tornou-se necessária uma ordem geral que regulasse as relações sociais e os comportamentos do indivíduo em determinado grupo. Assim nasceu o Estado, que tem a finalidade de manter a ordem e proporcionar o bem comum. Consequentemente, vão se originar as Constituições. “Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos” (SILVA, 2008, p. 37-38). Para conceituar Constitucionalismo, é necessário fazer uma abordagem histórica da evolução das garantias e direitos fundamentais, que foram assegurados pelo povo através de lutas e revoluções com o intuito de manifestar a repulsa do poder absoluto na mão de uma minoria em determinada época.

À vista disso, pode-se dizer que o Constitucionalismo Antigo tem início no Estado Hebreu, o qual era teocrático e suas fontes do Direito eram a religião, as leis não escritas e os costumes. Os chefes familiares representavam o poder de Deus na terra e estabeleciam as leis a serem seguidas. Quando esses ultrapassassem a “Lei do Senhor”, que era baseada na Bíblia, os profetas entravam em ação e os limitavam através de fiscalizações ou punições. Portanto, o poder político era limitado por leis sagradas, que eram fielmente seguidas para não causar a ira em Deus. Karl Loewenstein foi o primeiro a identificar este Estado e associou essa pequena evolução ao prenúncio do Constitucionalismo. Posteriormente, o mesmo autor faz uma análise das cidades-Estado gregas, afirmando que eram o único exemplo notório de um sistema político com seção plena entre governantes e governados, em que o poder político esteve igualmente distribuído entre os cidadãos (LOEWENSTEIN, 1970).

São nas cidades-Estado gregas que irão surgir as primeiras noções de democracia constitucional, onde os cargos eram acessíveis a todos os cidadãos, os quais gozavam de uma democracia direta. Nas Ágoras eram promovidos debates e era onde se resolviam as questões políticas, porém, esse âmbito não era de participação universal. Ocorria exclusão das pessoas que não fossem consideradas cidadãs, como escravos, mulheres e as pessoas que não possuíam laços sanguíneos gregos, ficando uma grande parte da população fora dos assuntos e decisões que também faziam parte de seus interesses. Nesse período, pode-se atestar também a contribuição de Aristóteles e Platão, que, com seus estudos políticos definiram modelos como a separação de poderes e a utilização do bem comum para definir as formas puras de governo (GONTIJO, 2014). Vale ressaltar o período republicano romano, que foi semelhante ao grego. Contudo, nessa democracia, o direito da liberdade era considerado um direito estatal e não apenas individual, sendo limitado por normas impostas pelo imperador, que primava pela garantia dos direitos individuais.

Por fim, encerra-se o Constitucionalismo Antigo na Idade Média, período em que se destaca a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, consolidada no mesmo século, outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra. Tal acontecimento marcou a retomada dos ideários constitucionalistas, que foram sucumbidos no sistema feudal,

reconhecendo direitos limitadores do poder estatal, como o direito à propriedade, à aplicação do princípio da proporcionalidade nas penas, dentre outros aspectos, além de remodelar o papel do rei. A partir disso, inicia-se a experiência constitucionalista inglesa, na qual se concretizou o Estado de Direito, na conversão do chamado “governo das leis” ao “governo dos homens” (FERREIRA; LIMA, 2017). Mais adiante, destacam-se a *Petition of Rights* de 1628, que consistiu em uma petição para que o monarca reconhecesse os direitos de seus súditos; o *Habeas Corpus Act* de 1679, que buscou a liberdade individual, evitando prisões injustas; o *Bill of Rights* de 1689, decorrido da Revolução Inglesa, que foi uma declaração de direitos, afirmando a supremacia do parlamento; o *Act of Settlement* de 1701, que possuiu o objetivo de submeter os governantes às leis, dentre outros (GONTIJO, 2014). O *Rule of Law* (governo das leis) e todos estes documentos paradigmáticos podem ser considerados os “embriões” das Constituições modernas, as quais estabelecem os direitos individuais.

Decorrente disso, a Teoria Constitucional vai ganhar força com as Revoluções Liberais no fim do século XVIII, resultado da luta popular a fim de extinguir o poder absoluto do monarca, dando início ao chamado Constitucionalismo Clássico, Moderno ou Liberal. Esse período é caracterizado pelo surgimento das Constituições escritas, rígidas, modernas e com supremacia constitucional. Para muitos doutrinadores, o Constitucionalismo tem início apenas nesse momento. Os movimentos desse período possuíam a finalidade de limitar o poder estatal e garantir a liberdade dos cidadãos. Em consequência disso, houve um fortalecimento da proteção dos direitos e garantias individuais. Carvalho (2003) caracteriza esse período como um desenvolvimento das ideias de garantia de direitos dos cidadãos, da separação de poderes, de uma crença na democracia representativa, na qual se deu a demarcação entre sociedade civil e Estado e um Estado “Absentéista” - ausência estatal no cerne econômico. Merece destaque a Constituição norte-americana que, após o rompimento das treze colônias com o governo inglês, declarou sua independência e as unificou em um estado federal, os Estados Unidos da América, decorrendo disso a elaboração da Constituição Norte-Americana, em 1787. Novelino (2016, p. 47-48) sobre suas principais características:

I) a elaboração da primeira constituição escrita e dotada de rigidez (1787); II) a ideia de supremacia constitucional; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803); IV) a consagração da forma federativa de Estado; V) a criação do sistema presidencialista; VI) a adoção da forma republicana de governo e do regime político democrático; VII) a rígida separação e o equilíbrio entre os poderes estatais; VIII) o fortalecimento do Poder Judiciário; IX) a declaração de direitos humanos.

A Constituição Francesa, influenciada por esse movimento, teve como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, a partir disso, influenciou o nascimento de novas constituições por todo o mundo, apesar de ser prolixa e sem rigidez, devido ao fato de na Europa se considerar a Constituição um documento político e não jurídico. De fato, a supremacia constitucional só vem a existir na Constituição Americana, pois na França o Parlamento é que detinha a supremacia, pois o judiciário à época era desprestigiado, em contraponto tendo ganho um fortalecimento na experiência americana. As características do Estado Liberal são as garantias das liberdades públicas pelo Estado mínimo e posteriormente a segurança do direito de dimensão, como direitos civis e políticos, como vai dizer Bobbio (2004, p. 34) sobre esse período:

[...] num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado).

Mais adiante, com o fim da Primeira Guerra Mundial e seus resultados devastadores, o Estado Liberal entra em crise, com algumas

sociedades em estado de calamidade, o que demandou uma maior intervenção do Estado, visando uma reestruturação pós-guerra. Esse período ficou conhecido como Constitucionalismo Social, que vai perdurar até o fim da Segunda Guerra Mundial. Visto a necessidade dessa intervenção estatal, surge uma maior preocupação com o bem-estar social, fazendo surgir os chamados direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão, como os direitos sociais ou coletivos (FERREIRA; LIMA, 2017). Com isso, surge a obrigação do Estado de não somente resguardar os direitos individuais, mas também assegurar direitos de cunho coletivo, desvinculando-se da ideia do Estado Liberal, gerador das desigualdades sociais. As constituições passam a ser analíticas, por exigirem mais direitos e garantias. Destaca-se a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919, a Constituição Austríaca e a Constituição Brasileira de 1934 (FERREIRA, 2013).

Contudo, com a grande catástrofe que a II Guerra Mundial causou, o positivismo jurídico sofreu um grande abalo, inexistindo uma proteção jurídica eficaz. Após duas grandes guerras, tornou-se necessário garantir não só os direitos individuais e sociais, mas também os direitos difusos, com uma proteção assegurada pela união de todas as nações. Percebeu-se também que os direitos fundamentais ultrapassam fronteiras e que a preocupação com estes não deveria ser apenas de um Estado, mas, na verdade, de todo o mundo. É nessa concepção que vai surgir o Neoconstitucionalismo, que se inicia em meados do século XX e vem até os dias atuais. “O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (BARROSO, 2001, p. 40). As transformações desse período são o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e o neopositivismo, aplicação dos direitos difusos, a hermenêutica constitucional como interpretação da carta constitucional, a constituição acima da lei, supremacia do texto constitucional, constitucionalização do direito, ampliação da jurisdição constitucional, entre outros que serão abordados posteriormente nesse estudo.

Portanto, o Constitucionalismo trata-se de um movimento ideológico, político, social e jurídico que buscou a limitação do poder do Estado e a garantia de Direitos Fundamentais. Já o Neoconstitucionalismo, além de buscar a limitação estatal, busca a efetiva concretização do Direito,

especialmente dos Direitos Fundamentais, valorizando a dignidade da pessoa humana. No Brasil, o Constitucionalismo Contemporâneo se difundiu décadas após o movimento ter iniciado na Europa e teve como marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com fortes influências de J.J Gomes Canotilho. Esta Constituição transigiu de um Estado autoritário, vigente durante vinte e um anos de ditadura militar para um Estado Democrático de Direito. A carta estabelece a separação dos poderes estatais, os direitos e garantias fundamentais, entre outras características da corrente neoconstitucionalista.

3.2 Limiar entre as duas Teorias e as Nuances do Pensamento entre Kelsen e os Pensadores da Virada Kantiana: uma Discussão entre Dicotomias.

O Constitucionalismo moderno surge durante os séculos XVII e XVIII inserido no contexto das revoluções liberais burguesas, notadamente a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América, como um ímpeto social de restringir e controlar o poder central dos Estados, até então absolutistas, por meio de documentos legais escritos dotados de diretrizes pelas quais se organizaria o poder político e suas prerrogativas no interior dos Estados Nacionais (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014). Tal movimento encontra substrato ideológico na doutrina contratualista então dominante e nos ideais iluministas que começavam a se desenvolver, que possuíam como valores precípuos o individualismo, o absentéismo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo. (LENZA, 2019).

É desta concepção de ordenamento escrito, assentada no garantismo jurídico, que, no início do século XX, Kelsen (1999) desenvolve, em sua Teoria Pura do Direito, a ideia de positivismo jurídico (ou juspositivismo), pela qual Estado e Direito se confundem, aquele sendo a única fonte deste e este não existindo sem aquele. Em sua retórica, o Direito existe independentemente de quaisquer fatores alheios ao seu objeto de estudo - neste caso, a norma jurídica - ou de outras searas do conhecimento científico, tais como a sociologia, a filosofia ou a política. Ao fazê-lo, o jurista austríaco visa ao Direito como uma ciência em si, com método e objeto de estudo próprios e inteiramente livre de elementos

abstratos ou axiológicos em seu cerne (ESTEVEES; CADEMARTORI, 2013). Nas palavras do autor:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 1999, p. 01).

No entanto, esse processo de positivação do Direito – ou seja, de torná-lo escrito -, nascido dos anseios burgueses de participação política, incorreu, já no século XX, no equívoco do autoritarismo que outrora intentava combater. As constituições passaram de ferramentas balizadoras do Poder a instrumento de falsa legitimação de governos arbitrários, que, utilizando-as como disfarce legal, investiram frontalmente contra as liberdades políticas e os direitos individuais. Daí nasce o conceito de Constituição outorgada, que é aquela elaborada unilateralmente, sem a participação dos representantes do povo, sendo, portanto, baluarte dos interesses do governante apenas e não os da comunidade política com um todo (LENZA, 2019).

Como resposta a tamanha ascensão dos movimentos totalitários, impulsionada pelo estatismo jurídico intrínseco ao juspositivismo, nasce, em meados do século XX, no período pós Segunda Guerra, o conceito de Neoconstitucionalismo (ou Constitucionalismo Contemporâneo), que aproxima-se do movimento anterior quanto à defesa da positivação do ordenamento, mas dista do mesmo quando advoga pela rigidez constitucional, por uma Constituição de princípios e não somente de regras - com uma maior margem para interpretação (conferindo uma inédita importância à hermenêutica jurídica) - e, finalmente, pela defesa inalienável de um amplo rol de direitos fundamentais, não permitindo qualquer nova empreitada autoritária, erro no qual sucumbiu o Constitucionalismo predecessor (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014).

E é nesse movimento, introdutório de uma nova forma de pensar o Direito enquanto estrutura normativa, dotado de elementos externos ao seu corpo escrito, tais como a Moral e os costumes, indo além do

purismo formalista apregoado por Kelsen, que se inserem os jusfilósofos da chamada Virada Kantiana. Esta doutrina, que convencionou-se chamar de pós-positivismo, influenciada pelas concepções morais de Immanuel Kant (1724-1804), contrapunha-se ao juspositivismo kelseniano à medida que, oposta a este, não analisava o fenômeno jurídico como algo isolado da realidade fática social, isto é, estabelecia que, para o Direito ter efetividade junto à sociedade, o mesmo não poderia em momento algum distanciar-se da subjetividade inerente à mesma - sua Moral e seus valores primeiros - que, anteriores ao próprio Direito Positivo, seriam superiores a este (BOWERK; OLIVEIRA, 2014). Corroborando, neste sentido, Radbruch (1999, p. 02), um dos maiores expoentes da referida corrente:

[...] pois o legislador pode dar às suas imposições o conteúdo que lhe aprouver, mas só lhes poderá conferir validade se não se afastar em demasia da efetividade da vida do povo. Caso contrário, esta lhe negaria obediência: uma lei “vale” somente quando pode ser aplicada na maioria dos casos de sua incidência. Pois é essencial ao direito ser não apenas um querer e dever, mas sim uma força real e atuante na vida do povo.

Os fatores ora expostos vêm para demonstrar a relação íntima do juspositivismo de Kelsen e do pós-positivismo advindo da Virada Kantiana com os processos de constitucionalização e neoconstitucionalização do Direito, com enfoque para a realidade brasileira, cuja Constituição atual mostra-se claramente enviesada pela segunda teoria, que, dentre outros paradigmas, estabelece a positivação de valores sociais e direitos fundamentais como indispensável ao processo constitucional, como será dirimido mais à frente neste trabalho.

3.3 Breve Apresentação acerca da Realidade Constitucional Brasileira.

Após o período de 21 anos de repressão no qual foi vigente no Brasil o Regime Militar (1964-1985), houve, com a subsequente redemocratização, lenta e gradual - como pretendida pelos líderes moderados

das Forças Armadas -, um árduo esforço por parte dos mais diversos setores da sociedade na elaboração de uma nova constituição para o Estado brasileiro. Tamanho esforço se deu no sentido de incorporar ao novo documento supremo princípios e valores norteadores de uma nova realidade política, que ali se queria firmar (COTRIM, 2010). Esta nova realidade caracterizava-se pela completa repulsa ao autoritário modelo de Estado empreendido anteriormente pelos militares e por um anseio generalizado por maiores avanços no campo das liberdades individuais e dos direitos políticos e sociais. Cotrim (2010, p. 233) assim explica esse quadro histórico nacional:

Um dos principais objetivos que pautaram a elaboração da nova Constituição foi a redemocratização do país, com a substituição dos instrumentos jurídicos criados pela ditadura militar. Ou seja, era preciso trabalhar na remoção do “entulho autoritário”, expressão consagrada para designar o conjunto de instituições e práticas legadas pela ditadura.

Todos esses vetores, tradutores das aspirações dos mais variados grupos de pressão (como sindicalistas, empresários e alguns setores militares), encontraram-se e combinaram-se na Assembleia Constituinte, que, fazendo uma demorada síntese dos numerosos interesses, muitas vezes conflitantes, oriundos da sociedade em geral, promulgou em cinco de outubro de 1988 a nova Constituição Federal.

Tal documento, receptáculo de todos os referidos clamores de um país recém saído de um regime antidemocrático, caracteriza-se primordialmente pela complexidade e heterogeneidade de seu conteúdo, estabelecido com o fito de atender a todas essas demandas, o que acabou por resultar em um texto constitucional deveras prolixo, o que legou à Constituição seu caráter analítico (TAVARES, 2013).

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, dado o extenso leque de direitos civis e sociais por ela garantidos, também é reconhecida por sua abrangência normativa, isto é, a mesma versa sobre os mais distintos aspectos da vida social e política do Estado brasileiro, não apenas instituindo diretrizes para o funcionamento e organização deste Estado, como também estabelecendo normas a respeito de matéria alheia àquela tipicamente considerada constitucional

(FAUSTO, 2006). Isto se deve, outrossim, ao seu delicado processo de elaboração, pois tendo o Brasil um longo histórico de insegurança jurídica - haja vista a grande quantidade de constituições que já regiram o Estado brasileiro -, os variados grupos sociais de interesse passaram a pressionar os parlamentares da Constituinte a inserir no novo texto jurídico suas pautas principais, visando conferir às mesmas uma maior estabilidade e possibilidade de garantia, tendo por base as supostas rigidez e supremacia constitucional (FAUSTO, 2006).

Contudo, são nítidos e inegáveis os progressos instaurados na realidade social e política brasileira com a vigência da nova Constituição, que, sendo a mais democrática de toda a história política do país, traz em seu cerne a solução de importantes e históricos conflitos sociais, nunca antes amparados da forma tão específica e aprofundada por legislação alguma. Pois, como assevera Fausto (2006, p. 525):

Com todos os seus defeitos, a Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país especialmente na área da extensão de direito sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias. Entre outros avanços, reconheceu a existência de direitos e deveres coletivos, além dos individuais. [...] No que diz respeito às minorias, um capítulo da Constituição reconheceu aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que originalmente ocupam”.

Portanto, conclui-se que a atual realidade constitucional brasileira, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é resultado direto de um longo processo de transformações sociais e políticas pelo qual passou o país, que culminaram na elaboração do texto vigente, cuja feitura, inserida em um cenário nacional de revitalização da cidadania e dos valores democráticos, tratou de tornar tais valores pilares da nova conjuntura estatal que ali se erguera.

3.4 Uma Abordagem a Respeito dos Efeitos das duas Teorias na Realidade Constitucional Brasileira.

De acordo com o que foi exposto, é possível destacar a influência do Constitucionalismo positivista nos Estados que se extremaram e agiram plenamente pela norma, se abstendo da valoração e do uso da Moral para ponderá-la. Segundo Kelsen (1999), a Moral confere ao Direito um viés relativo em vez de um viés absoluto, sendo assim, a validade da ordem jurídica independe da conformidade ou não com algum sistema de Moral, desconstruindo assim sua necessidade para o Direito. Dessa forma, é possível perceber a concordância do pensamento constitucionalista com as teorias kelsenianas e o abrangente uso da ideia do Direito como sendo apenas norma, algo que deve se distanciar da Moral, fato que se ilustra também no livro da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1999, p. 28):

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Nessa seara, tem-se a legitimação do Direito até mesmo nos Estados ilegítimos, os quais foram governados pelo poder Tirano, que fundaram seus aspectos históricos na marginalização das opiniões que não estivessem em consonância com o que acreditava o déspota. O Constitucionalismo fundado sob os ideais positivistas foi fundamental ao início do desenvolvimento do que se tem de matéria Constitucional atualmente. Apesar disso, declinou, assim como os Estados que se edificaram unicamente nesses preceitos.

Em acordo com o que já foi citado, diante da necessidade de se reestabelecer a segurança jurídica que foi perdida com o uso extremado de uma teoria, utilizando-se da reintegração da Moral ao Direito e legitimados pela Moral estudada por Kant, popularizam-se os jusfilósofos da Virada Kantiana. Nesse contexto, surgem muitas correntes de pensamento, dentre elas o Neoconstitucionalismo, que fundam as 5 gerações de direitos, a primeira delas, inclusive, marcando a transição do Estado Autoritário para o Estado Democrático de

Direito, que se caracteriza pela aquisição e manutenção das garantias individuais (DEMARCHI; VANDRESEN, 2014), fato que possui grande influência sobre a Constituição Brasileira de 1988.

Prévio ao planejamento da Constituição de 1988, sabe-se que houveram muitas experiências de golpe ao poder vigente no Brasil, além de governos envoltos por características tiranas, como o governo de Getúlio Vargas que se instaurou através de golpe e, em 1937, outorgou uma carta constitucional que ficou conhecida por “polaca” por se assemelhar à carta da Polônia, fundada por ideais fascistas. Como exemplo, tem-se o Art.74 da citada Constituição de 1937 (BRASIL, 1937, p. 15), que traz as atribuições exclusivas do Presidente: “Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução; [...] j) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais;”

Nesse interim, é possível citar ainda a Constituição de 1967, que possui um texto que em si não traz a imagem do que foi a degradação dos direitos e garantias individuais causados pela tirania militar, direitos esses que haviam ganho certo espaço na Constituição de 1946. Apesar disso, esses direitos foram sucumbidos, gradativamente, na extrema insegurança jurídica causada pela mudança constante realizada através dos 17 Atos Institucionais que, inclusive, possuíam força jurídica superior à Constituição vigente.

É cabível iterar a frequência com que a política brasileira fora submetida a golpes de Estado e a governos que usaram do poder de forma descomedida para, finalmente, entender no que consiste a Constituição de 1988, visto o esforço no intuito de incorporar à nova Constituição princípios e valores bases para a nova e ensejada realidade política (COTRIM, 2010). Cabe, ainda, mensurar o fato de que tal instabilidade política influencia diretamente na fundação de ordens constitucionais que se moldem a cada novo governo instaurado no poder.

Uma das características da Constituição de 1988, como citam Paulo e Alexandrino (2019, p. 21), é a de ser analítica “aquela de conteúdo extenso, que versa sobre matérias outras que não a organização básica do Estado”, característica que vem reforçar a necessidade de evitar a todo custo reincidir o autoritarismo e a cessão de direitos. Desde o seu

preâmbulo, é possível perceber que a Constituição de 1988 se funda em preceitos e objetivos que buscam se distanciar dos aspectos limitadores de direitos tal como fizeram os governos autoritários:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL, 1988, p. 01)

Diante disso, ressalta-se a importância da Virada Kantiana que originou, dentre outras correntes de pensamento constitucionalistas, o Neoconstitucionalismo. Observando exemplos como a Constituição Brasileira de 1988, é possível perceber a sua extensão (classifica-se como analítica), e a reiteração ao tratar de temas como as garantias individuais. O Art.5º, em seu *caput* (“enunciado de artigo”) estabelece que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL, 1988, p. 02), detalhando em 78 incisos esses direitos, de modo a iterar a necessidade de garantir segurança jurídica e afirmar que a legitimidade do Poder, assim como a do Direito, pertence ao povo e se legitima apenas através deste. A reintrodução da Moral no pensamento constitucionalista não só muda a concepção de como se faz e se aplica o Direito, mas também, cria espaço para a observância de inconstitucionalidades dentro do ordenamento e a própria Constituição estabelece esse Controle de Constitucionalidade, como exemplo do Art. 97 da Constituição Federal de 1988: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder

público.” (BRASIL, 1988, p. 34), situação que chancela a segurança jurídica no país e possibilita a manutenção das garantias individuais, delimitando a ação dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e estruturando precaução contra abusos de poder destes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca da influência de ambas as teorias à Constituição Brasileira de 1988, é possível afirmar que o pensamento de Kelsen, principalmente no tocante à hierarquização do ordenamento jurídico, é algo que segue válido e muito atual, visto a necessidade de organização do ordenamento. Apesar disso, não pode ser usado de forma “pura” como elaborou em sua teoria, algo ressaltado pelos pensadores da Virada Kantiana que reintroduziram a Moral às necessidades jurídicas e transformaram o pensamento da época, cujo voltava-se à reprodução mundial da tirania e da cessão de direitos e garantias individuais. Dessa forma, faz-se possível afirmar que ambas as teorias influenciam na organização jurídica brasileira de 1988, complementando-se as teorias em suas falhas e criando segurança jurídica interina para a sociedade.

Destarte, é salutar uma análise do Neoconstitucionalismo como uma novidade no processo de codificação do Direito brasileiro – historicamente e ainda marcado pelo Constitucionalismo normativista de Kelsen -, que, após a era militar, caracterizada pela utilização de instrumentos jurídicos essencialmente positivos - muitas vezes desconexos da realidade social pátria -, passou a dar maior atenção aos fatores subjetivos outrora negligenciados pela legislação instituída. Tal fenômeno faz-se translúcido quando analisada a Constituição Federal de 1988, baluarte de valores e princípios morais basilares da sociedade brasileira, como o já referido amplo conjunto de direitos civis e sociais por ela resguardado.

5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p.40, 2001.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOWERK, A. A.; OLIVEIRA, G. P. T. C. O Direito entre o positivismo e o pós-positivismo jurídico: por uma Teoria Impura do Direito. *Revista Esmat*, Palmas, v. 6, n. 7, p. 113-140, jan./jun. 2014. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/5. Acesso em: 11 ago. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 08 ago. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2019.
- CARVALHO, K. G. *Direito Constitucional–Teoria do Estado e da Constituição– Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- COTRIM, G. *História Global: Brasil e Geral*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DEMARCHI, C.; VANDRESEN, T. Do constitucionalismo ao neo-constitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.9, n.19, p. 15-26, set./dez.2014. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>. Acesso em:10 ago. 2019.
- ESTEVES, J. L. M.; CADEMARTORI, L. H. U. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 193-210, dez. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16689/13599>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- FAUSTO, B. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006. Disponível em: <https://mizanzuk.files.wordpress.com/2018/02/boris-fausto-historia-do-brasil.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

FERREIRA, F. G. B. de C. **A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3810, 6 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26028>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERREIRA, F. G. B. de C.; LIMA, R. A. Teoria constitucional em mudança: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v.13, n.3, p. 02-08, set./dez. 2017.

GONTIJO, M. S. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo em linhas gerais. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 3, n. 5, p. 98-122, nov. 2014. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147579/2014_gontijo_manfredo_constitucionalismo_neoconstit.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago.2019

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional Descomplicado*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

RADBRUCH, G. *Introdução à Ciência do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/145778/mod_resource/content/1/introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20ci%C3%Aancia%20do%20direito.pdf. Acesso em: 11 ago. 2019.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A TEORIA MARXISTA DO DIREITO DE EVGUIÉNI PACHUKANIS: PREMISSAS METODOLÓGICAS, CONCEITOS CENTRAIS E UMA CRÍTICA A PARTIR DE HANS KELSEN¹

EVGENY PASHUKANIS' MARXIST JURISPRUDENCE:
METHODOLOGICAL PREMISES, CENTRAL CONCEPTS AND A
CRITIQUE STEMMING FROM HANS KELSEN

Marco Antonio Toresan²

Resumo: A partir de uma pesquisa bibliográfica, busca-se introduzir o leitor à teoria do direito do jurista soviético Evguiéni Pachukanis, apontando para o caráter condicionado da crítica que realiza aos conceitos jurídicos fundamentais. Tomando como base sua principal obra, “Teoria Geral do Direito e Marxismo”, inicia-se expondo seus objetivos declarados e as premissas metodológicas que adota no trabalho. A segunda parte do artigo se dedica ao cerne do pensamento teórico de Pachukanis: sua análise da forma jurídica a partir do conceito fundamental de relação jurídica, bem como de seu surgimento a partir da noção emergente de subjetividade jurídica. Em seguida são discutidas as formulações de Pachukanis a respeito de alguns dos principais problemas clássicos da Teoria Geral do Direito. Finalmente é realizada uma crítica metodológica ao pensamento do jurista soviético a partir de apontamentos de Hans Kelsen, que lançam luz à forma como duas das premissas adotadas por Pachukanis condicionam os resultados que obtém. Con-

1 O presente artigo consiste em uma tradução adaptada de trabalho originalmente apresentado (não publicado) no seminário *Rechtskritik*, ministrado pelo Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek no Semestre de Verão de 2018 no Instituto de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Viena. As passagens citadas de obras já traduzidas para o português foram retiradas das edições disponíveis no mercado editorial brasileiro. Passagens de textos ainda não disponíveis em idioma vernáculo foram traduzidas pelo autor, remetendo-se à redação original em nota de rodapé.

2 Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Realizou intercâmbio acadêmico na Faculdade de Direito da Universidade de Viena (2017-2018). Foi Monitor Voluntário da Disciplina de Filosofia do Direito (2018.2) e Monitor Bolsista da Disciplina de Teoria do Direito II (2019). Membro do GEFID - Grupo de Estudos em Filosofia do Direito (CFH/UFSC).

clui-se, junto a Kelsen, que, apesar da originalidade da teoria jurídica de Pachukanis, que busca analisar o direito para além de seu eventual conteúdo, o autor, para defender sua tese principal, acaba ignorando a crítica feita pela Teoria Pura do Direito ao dualismo na jurisprudência tradicional.

Palavras-chave: Pachukanis; teoria marxista do direito; Kelsen; crítica metodológica.

Abstract: Through a bibliographic research, this paper aims to introduce the reader to Evgeny Pashukanis' Marxist jurisprudence, pointing out to the conditioned character of the criticism he performs on the fundamental legal concepts. Based on his main work, "General Theory of Law and Marxism", it begins by stating his main goals and the methodological premises he adopts. The following section will be dedicated to the core of his thought: the analysis of the legal form through the fundamental concept of legal relation, which stems from the emergent notion of legal personality. Thereafter, Pashukanis' conceptions on some of the main topics of Jurisprudence will be addressed. Finally, a methodological critic on the soviet legal theorist's thought will be sketched. It will be done by recurring to some of Hans Kelsen's early stage work on materialist conceptions on Jurisprudence, which points out to the conditioning effect exerted by two of the premises adopted by Pashukanis on the outcome of his work. The paper concludes, alongside with Kelsen, that, in order to sustain his main thesis, he ends up ignoring the critic on the dualism on traditional Jurisprudence developed by the Pure Theory of Law.

Keywords: Pashukanis; Marxist Jurisprudence; Kelsen; methodological criticism.

Submissão: 02/05/2020

Aceite: 27/06/2020

“... o corpo como um todo, a alma, a vontade, toda essa pessoa limitada como individualidade pelo direito civil” (MUSIL, 2018, p. 36).

1. INTRODUÇÃO

Nascido em 1891 na Rússia Czarista, Evguiéni Pachukanis é considerado o principal teórico soviético do direito. No ano de 1924 foi lançada sua *magnum opus*: *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, tida como um dos principais livros da teoria marxista dedicados exclusivamente à problemática jurídica. Inicialmente encontrando certa ressonância³, as teses centrais que desenvolve no livro acabaram sendo deixadas de lado devido à sua não adoção no contexto político da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Após longo tempo de esquecimento, recentemente Pachukanis voltou a atrair a atenção de pensadores marxistas (WALLOSCHKE, 2003).

A redução da influência inicial de Pachukanis nos assuntos jurídicos da URSS se explica pela incompatibilidade de sua tese central, que defendia a correlação fundamental entre a *forma jurídica* e a *forma da mercadoria*, ou seja, entre o Direito como tal e o Capitalismo, com a ascensão de Josef Stalin. Apesar de ter realizado importantes alterações socialistas no conteúdo das normas, este líder soviético teria mantido a estrutura jurídica do capitalismo em sua essência, *i.e.*, a forma jurídica. Essa contraposição resultou na misteriosa prisão e posterior execução de Pachukanis em 1937 (HARMS, 2009).

A estrutura do artigo segue, a princípio, aproximadamente àquela do livro. No primeiro trecho se discutirão o objetivo declarado de Pachukanis, nomeadamente “uma tentativa de aproximação da forma do direito e da forma da mercadoria” (STUTCHKA *apud* PACHUKANIS, 2017a, p. 60) através de uma crítica aos conceitos fundamentais do direito, bem como as premissas metodológicas adotadas para atingir esse objetivo. Também aí se discorrerá acerca das consequências dos

3 A recepção do livro no mundo germânico é digna de nota, especialmente no que diz respeito às querelas [*Auseinandersetzung*] com os dois mais influentes autores jurídicos de língua alemã da primeira metade do século XX, Hans Kelsen e Gustav Radbruch. Cf. HARMS, A. *Warenform und Rechtsform: zur Rechtstheorie von Eugen Paschukanis*. Freiburg: ça ira Verlag, 2009, pp. 69-89 (Capítulo 2: „*Die zeitgenössische Rezeption und Diskussion*“, ou, em tradução nossa: “A recepção e discussão contemporânea”).

pressupostos utilizados no que diz respeito à relação entre Direito e ideologia, tema caro a autores marxistas. A segunda seção se ocupará do núcleo de seu pensamento jurídico: a *relação jurídica*, enquanto expressão da forma do direito, e sua origem resultante da ideia de subjetividade jurídica necessária ao surgimento do mercado. A terceira parte do artigo se dedicará à análise pachukaniana de problemas clássicos da Teoria do Direito (relações entre Direito, Estado e moral), resultante da concepção que formula sobre a forma jurídica. Por fim, comentários críticos à adoção das premissas metodológicas de Pachukanis serão desenvolvidos, tomando fundamentalmente por base as considerações de Hans Kelsen em um ensaio-reposta publicado em 1931. Com esses comentários espera-se oferecer uma poderosa crítica à concepção do Direito desenvolvida por Pachukanis.

2. TENTATIVA DE UMA CRÍTICA AOS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS⁴

Em que pese tenha iniciado sua vida acadêmica através do estudo do Direito, não se encontra em Karl Marx algum trabalho imediata e predominantemente dirigido à problemática jurídica. A tarefa de uma crítica marxista do direito acabou, então, sendo transferida a autores marxistas posteriores. Alguns desses até se ocuparam de forma mais ou menos preponderante com o Direito enquanto objeto de estudo, lançando mão do aparato teórico-crítico desenvolvido n^o “*O Capital*”. Contudo, nenhuma dessas análises deu conta do “estudo da superestrutura jurídica como fenômeno objetivo”, já que para os teóricos marxistas “o traço característico central, essencial e único dos fenômenos jurídicos é o momento da regulamentação social (estatal) coercitiva” (PACHUKANIS, 2017a, p. 61).

Como consequência desse ponto de partida compartilhado pelos estudiosos marxistas do direito que precederam Pachukanis, se tem uma *superestimação do momento coercitivo* como objeto de uma crítica do direito e do estado. Destarte, as categorias fundamentais de “sujeito de direito” e “relação jurídica” são subestimadas e negligenciadas enquanto objeto de crítica, aparecendo como meros conceitos ideológicos.

⁴ Trata-se do subtítulo da obra em sua edição alemã (ça ira Verlag, 2003): “tentativa de uma crítica aos conceitos jurídicos fundamentais” [*Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*].

Pachukanis até concorda com Stutchka quando ele coloca o problema do direito como “problema das relações sociais”. No entanto, Stutchka concebe tais relações exclusivamente a partir de uma crítica da dominação de classe. Isso o permite compreender a relação jurídica como relação social *genérica*, *i.e.*, relação de dominação, mas não como relação social com uma forma própria que lhe *específica*. “Essa definição revela o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, mas não nos explica por que esse conteúdo assume tal forma” (PACHUKANIS, 2017a, p. 96).

A tarefa que Pachukanis se coloca deriva, portanto, das deficiências que identifica na crítica marxista ao direito que o antecedeu. O jurista soviético se propõe, então, a revelar a forma própria do direito, apontando para sua relação de proximidade com a forma da mercadoria. Sem negar o conteúdo de classe do direito burguês, ele dá prosseguimento à crítica, elevando-a do plano material ao plano formal. Através da manipulação crítica dos conceitos jurídicos fundamentais (sujeito de direito, relação jurídica, Estado, propriedade), Pachukanis expõe suas raízes lógicas e sociológicas, revelando a forma jurídica que lhes é subjacente. A partir daí, é capaz de sustentar a tese *da correspondência da forma do direito com a forma da mercadoria*, conceito igualmente central à Crítica da Economia Política.

Com efeito, essa correspondência constitui a tese principal da *Teoria Geral do Direito e Marxismo* e o permite concluir pela relatividade e condicionalidade histórica do Direito. Tanto a forma da mercadoria, originada na relação recíproca dos possuidores de mercadoria [*Warenbesitzer*], como a forma do direito, originada da relação jurídica enquanto relação entre sujeitos de direito, exigem a existência de um “*princípio da troca de equivalentes*” – ou, “*princípio da equivalência*” – (PACHUKANIS, 2017a), encontrado tão-somente na sociedade capitalista burguesa completamente desenvolvida. Enquanto resultado das relações de produção capitalista, a forma jurídica não aparece completamente desenvolvida fora do Capitalismo.

“A extinção do direito, e com ela a do Estado, acontece apenas [...] quando *finalmente estiver eliminada a forma da relação de equivalência*” (PACHUKANIS, 2017a, p. 79, grifo do autor). A forma do direito e a forma da mercadoria são intrinsecamente relacionadas, pois ambas expres-

sam um mesmo fenômeno, originário da infraestrutura econômica: as relações de produção e de circulação. A superação dessa infraestrutura econômica e de sua correspondente forma de socialização significaria a extinção não apenas do Capitalismo, mas também do próprio Direito. Em síntese: *o socialismo é incompatível com a forma do direito*.

Pachukanis baseia sua teoria na premissa materialista extraída d’*“O Capital”* que pressupõe a existência de um “substrato histórico real daquelas abstrações cognitivas que utilizamos” (2017a, p. 83). Todas as ciências se voltam a uma realidade total e concreta, construindo seu objeto de conhecimento através de distintos métodos. Portanto, as ciências diferenciam-se não tanto por seus objetos, quanto pelos seus métodos, que as permitem decompor a totalidade da realidade em elementos mais simples. Nas ciências da natureza o processo de decomposição da totalidade da realidade se sucede de maneira imediata à matéria. As ciências sociais, por sua vez, necessitam elaborar abstrações e conceitos através dos quais se lhes é permitido construir seu objeto de conhecimento, e por intermédio dos quais conseguem interpretar o mundo social. Portanto, a abstração funciona nas ciências sociais como um instrumento capaz de formular conceitos, a partir dos quais a realidade concreta em sua totalidade é passível de construção epistemológica. É exatamente a adoção dessa premissa metodológica que confere à análise dos conceitos jurídicos fundamentais o grau de relevância de que gozam no pensamento de Pachukanis: consistem no caminho à realidade material subjacente⁵.

Se segue da pressuposição da existência de um substrato real latente às abstrações científicas “que o desenvolvimento dialético dos conceitos corresponde ao desenvolvimento dialético do próprio processo histórico” (PACHUKANIS, 2017a, p. 86). De igual forma, da já mencionada “cooriginalidade” das formas do direito e da mercadoria (nas relações de produção e circulação), se segue certo paralelismo entre o desenvolvimento dos pensamentos jurídico e econômico (PACHUKANIS, 2017a).

A partir das considerações metodológicas já discutidas, é possível compreender a originalidade do pensamento pachukaniano a respeito

5 No que se refere aos métodos jurídicos, escreve Pachukanis: “Devemos começar pela análise da forma jurídica em seu aspecto mais abstrato e puro e passar, depois, pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica.” (2017a, p. 86).

de um tema caro a autores marxistas que se dedicaram ao fenômeno jurídico: a relação entre Direito e ideologia. Como consequência de suas premissas, Pachukanis nega qualquer tipo de análise marxista que descreve o direito como mera ideologia. Consoante seus próprios objetivos (analisar o direito em sua forma, além de seu conteúdo), ele se opõe a outros marxistas que se limitam a conceber o direito como mero aparato ideológico do Estado. Sem negar a função ideológica do Direito (e de seu conceito científico), Pachukanis se impõe a tarefa de transcendê-la, trazendo à baila a realidade concreta que subjaz ao fenômeno jurídico. “O Estado não é apenas uma forma ideológica, ele é, ao mesmo tempo, uma forma de ser social. *O caráter ideológico de um conceito não elimina aquelas relações reais e materiais que este exprime*” (PACHUKANIS, 2017a, p. 89, grifo nosso).

A crítica pachukaniana do direito, ao se fundamentar no método que Marx desenvolve em *O capital*, permite superar – no interior do marxismo – as representações vulgares que apresentam o direito como um “instrumento” de classe, privilegiando o conteúdo normativo em vez de atender à exigência metodológica de Marx e dar conta das razões porque uma certa relação social adquire, sob determinadas condições – e não outras –, precisamente uma forma jurídica. (NAVES, 2008, p. 20, grifo do autor).

3. A FORMA DO DIREITO: RELAÇÃO E SUBJETIVIDADE JURÍDICA

Os conceitos jurídicos fundamentais aos quais Pachukanis dirige sua crítica dão expressão às relações jurídicas, que, por sua vez, expressam a forma do direito. Enquanto relações sociais entre sujeitos de direito, elas consistem basicamente em relações recíprocas entre possuidores de mercadoria e espelham as “relações entre os produtos do trabalho tornados mercadoria” (PACHUKANIS, 2017a, p. 97).

Para construir a sua tese de que a relação jurídica constitui a “célula central e embrionária do tecido jurídico”, o jurista soviético volta-se ao problema da ligação entre a relação jurídica e a norma. Para tanto,

elege heurísticamente uma expressão, que atribui à jurisprudência tradicional, como objeto de seu escrutínio: “a norma gera a relação jurídica” (PACHUKANIS, 2017b, p. 112, grifo do autor). Sua análise do problema se dá em dois níveis: real e lógico.

Partindo do ponto de vista real, sua crítica concentra-se na abordagem “normativista”, principalmente na ainda em construção Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, para quem, segundo ele, “a norma considerada em todas as relações é o momento primário” (PACHUKANIS, 2017a, p. 101). Essa concepção só poderia ser aceita sob a pressuposição da existência de uma autoridade que põe a norma [*normsetzende Autorität*], ou seja, de uma organização política. Nesse ponto de vista, a associação entre a norma e a relação jurídica se reduziria ao “problema das relações mútuas entre as superestruturas jurídica e política”, que seria concebido pelos positivistas normativistas como se a primeira (jurídica) fosse mera consequência da segunda (política).

Nesse ponto a crítica pachukaniana a Hans Kelsen é passível de comparação com a posteriormente formulada por Carl Schmitt em um panfleto de 1934, visto que ambos destacam um certo elemento “decisionista” no positivismo jurídico kelseniano⁶.

6 Em “Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico” Schmitt descreve três tipos ideais “eternos” de pensamento jurídico: normativismo, decisionismo e (por ele denominado) pensamento do ordenamento concreto [*konkretes Ordnungsdenken*]. Ao primeiro tipo corresponde a concepção de Direito como regra, ao segundo como decisão, e ao terceiro como ordem [*Ordnung*]. De acordo com ele, o positivismo jurídico – cujo maior representante seria Hans Kelsen – não corresponderia a nenhum desses tipos ideais. Schmitt o descreve antes como uma combinação entre normativismo e decisionismo: ainda que o direito seja concebido como regra abstrata (norma), para o positivista “esse direito não é nada mais do que ‘instituição [*Satzung*] humana” (SCHMITT, 2011, p. 150). Esse elemento decisionista do positivismo jurídico, enfatizado por Schmitt, se relaciona com a crítica de Pachukanis à necessidade de pressuposição de uma autoridade que põe a norma [*normsetzende Autorität*], por parte do pensamento positivista. Em Schmitt e em seu panfleto político dirigido à defesa do pensamento de ordenamento concreto (uma espécie de versão por ele concebida de institucionalismo) o ponto principal da crítica ao positivismo jurídico não se encontra, como em Pachukanis, no plano da “forma do direito”, mas no plano da “situação normal pressuposta” (SCHMITT, 2011, p. 155), necessária para a definição substantiva do conteúdo do Direito (interpretação/aplicação), que ele busca vincular à validade jurídica das normas: “A normalidade da situação concreta, regulamentada pela norma, e do tipo concreto por ela pressuposto não é, por conseguinte, um pressuposto exterior a ser desconsiderado pela ciência jurídica, mas um traço distintivo jurídico, interno da essência da validade da norma e uma determinação normativa da própria norma” (SCHMITT, 2011, p. 144). É nesse sentido que o jurista alemão alude à referência [*Bezug*] sem mediações entre os conceitos jurídicos “à realidade concreta de uma relação vital [*Lebensverhältnis*]” (SCHMITT, 2011, p. 173). Em Pachukanis, as relações de produção e circulação (que interpretamos como a concepção

Ainda no plano real de análise, Pachukanis rejeita o positivismo normativista (e a ideia de que é a norma que geraria a relação jurídica), defendendo o primado da relação sobre a norma. Seu principal argumento consiste no fato de que a relação jurídica pode existir sem uma ordem jurídica garantidora, isso é, sem o Estado na qualidade de força terceira (externa à relação) ⁷, e que de fato existiu antes do surgimento do Estado moderno. Sem a presença de uma das duas partes que a constituem, porém, não há que se falar em *relação* jurídica. Em síntese, a análise do problema do liame entre a norma e a relação jurídica, a partir de um ponto de vista realista, aponta para o fato de que a essa não é produzida por aquela, mas antes é “diretamente gerada pelas relações materiais de produção existentes entre as pessoas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 106).

A análise lógica dessa relação, por sua vez, requer muito mais esforços teóricos, na medida em que perpassa pelo estudo da natureza própria da regulação jurídica, da sua manifestação objetiva *vis-à-vis* a noção de direito subjetivo, culminando na investigação a cerca da subjetividade jurídica como característica própria do indivíduo que se relaciona juridicamente.

Para evidenciar a forma lógica da regulação jurídica, Pachukanis apresenta comentários introdutórios ao “problema filosófico do homem enquanto *bourgeois* e do homem enquanto *citoyen*”, que seria uma ma-

marxista/materialista das “relações vitais” mencionadas por Carl Schmitt) se referem de maneira ainda mais imediata às relações jurídicas. Isso, pois em Pachukanis o Estado enquanto autoridade que prescreve a norma desempenha papel ainda menos significativo. A violência estatal aparece simplesmente como garante das relações jurídicas, imediatamente originárias das relações de produção e circulação. As “relações vitais” de Schmitt entrem em cena principalmente no momento de determinação da “situação normal” pressuposta pela norma (determinação essa necessária à sua aplicação ao caso concreto), incidindo sobre o problema da validade somente mediatamente. Em Pachukanis, todavia, essa própria determinação é negada, já que ele identifica validade e existência das normas e consequentemente prescinde do Estado enquanto produtor de normas jurídicas válidas, estabelecendo, de acordo com a própria natureza das relações jurídicas que expressam a forma do direito, a *imediatidade entre as relações de produção e as relações jurídicas*. Cf. SCHMITT, C. Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico. In: MACEDO JR., R. P. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 131-76.

⁷ Um exemplo para a prescindibilidade de uma força terceira (externa) no tocante à caracterização da juridicidade de uma relação é o direito internacional público moderno, que não disporia de nenhum órgão central sancionador (quando da publicação da obra, em 1924), tendo não obstante validade jurídica incontroversa. A maioria das relações jurídicas entre Estados modernos eram (e são) considerados juridicamente vinculantes apesar da inexistência de um “Estado Mundial”.

nifestação da contraposição entre interesses individuais privados em relação a interesses sociais gerais (vontade privada e vontade geral). A análise da relação entre os interesses privados do indivíduo e os interesses gerais dos cidadãos, expressados através da vontade do Estado, se relaciona diretamente com o desvelamento da forma do Direito, pois possibilita reconhecer um fenômeno a que se pode caracterizar como a *diversidade da natureza da regulação jurídica* (compreendida aqui em seu sentido lato).

Em virtude da concepção segundo a qual a relação jurídica é produto de uma norma preexistente, a jurisprudência tradicional caracterizaria a regulação das relações sociais como *jurídica* de forma mais ou menos homogênea, adotando uma compreensão genético-formal do fenômeno jurídico: a juridicidade das mais diversas normas deriva-se de sua origem. Para os juspositivistas, tal origem seria o Estado, ao passo que para os jusnaturalistas seria uma concepção metafísica de direito natural.

Pachukanis objetiva, porém, realizar uma diferenciação entre as normas que regulam as relações jurídicas enquanto expressão da forma do direito e as normas que, apesar de *formalmente* jurídicas, regulam estados de coisas de forma meramente técnica. Verifica-se, assim, uma diversidade quanto à natureza da regulação jurídica, concebida pela jurisprudência tradicional de forma homogênea. Pachukanis introduz a distinção em dois tipos de normas: regulação jurídica (em sentido estrito) e regulação técnica.

Uma das premissas fundamentais da regulamentação jurídica é, portanto, o antagonismo dos interesses privados. Isso é, ao mesmo tempo, uma premissa lógica da forma jurídica e uma causa real do desenvolvimento da superestrutura jurídica. O comportamento das pessoas pode ser regulado pelas mais diferentes regras, mas o momento jurídico dessa regulamentação começa onde têm início as diferenças e oposições de interesses. [...] De modo contrário, a unidade de finalidades representa a premissa da regulamentação técnica. (PACHUKANIS, 2017a, p. 94).

As normas jurídicas *strictu sensu* dirigem-se às relações sociais envolvendo o homem enquanto *bourgeois*, ao passo que as normas técnicas regulam as situações que envolvem o homem enquanto *citoyen*. Das diferentes premissas lógicas que permitem distinguir um tipo de norma do outro resultam dois critérios, segundo os quais se pode julgar o exercício de coerção relativo a cada um dos tipos de regulação. Ao pressuposto *antagonismo dos interesses privados* das normas jurídicas corresponde o critério formal da *permissibilidade jurídica*, enquanto à pressuposta *unidade de finalidades* das normas técnicas corresponde o critério material da *racionalidade instrumental*⁸.

Na compreensão corrente, o direito regula relações sociais. Em termos próprios da jurisprudência tradicional, isso significaria que é a norma jurídica que disciplina as diversas relações entre os homens. Para Pachukanis, no entanto, o momento primordial do direito não é a norma, mas a própria relação jurídica, que não deixa de ser uma relação social (específica). Nesses termos, poder-se-ia vislumbrar uma tautologia segundo a qual a compreensão corrente traduzir-se-ia em: “relações sociais regulam relações sociais”.

8 Um exemplo extrajurídico de norma técnica são as regras médicas. Em uma dada operação cirúrgica, por exemplo, não existe nenhum tipo de antagonismo de interesses entre o paciente e o médico. Por isso, a regulação da medicina só pode ser avaliada sob o ponto de vista de sua racionalidade instrumental, isto é, considerando apenas sua idoneidade para a consecução de seus fins (no exemplo, a cura do paciente através da intervenção cirúrgica). Porém, no que diz respeito à análise da forma jurídica, a diferenciação entre normas técnicas e normas jurídicas em sentido estrito é mais interessante e relevante dentro do quadro das normas jurídicas em sentido lato, *i.e.*, daquelas normas formalmente classificadas pela doutrina tradicional como jurídicas. Nesse contexto, Pachukanis apresenta como exemplos o “Cronograma de Partidas de Trem”, que regula o tráfego ferroviário, e as regras de Responsabilidade Civil sobre a atividade ferroviária. Ainda que ambas normativas sejam formalmente classificadas como jurídicas, por terem sido postas pelo Estado, elas regulam relações sociais de forma completamente distinta. Apenas as normas de Responsabilidade Civil sobre a atividade ferroviária, onde o antagonismo de interesses privados é pressuposto (entre as companhias ferroviárias e as empresas de carregamento com elas contratantes, por exemplo), dão expressão à forma jurídica. A extinção do direito (e de sua forma) defendida por Pachukanis toma como base, com efeito, uma certa “tecnização” das regras sociais. No âmbito do direito criminal, por exemplo, o jurista soviético advoga a paulatina substituição das normas jurídico-penais, cujo fundamento no direito burguês é a proporcionalidade da pena (e que por isso encarnam a forma do direito e seu princípio imane da equivalência, que é reflexo do antagonismo de interesses), por normas técnico-penais, cujo fundamento seria a defesa social. “A coerção, como medida de defesa, é um ato de pura conveniência [de racionalidade instrumental] e, como tal, pode ser regulada por regras técnicas” (PACHUKANIS, 2017b, p. 222).

O desenvolvimento do capitalismo e a sofisticação das relações de produção e circulação de mercadorias geram novas formas de socialização que transcendem à categoria genérica de relação social, fazendo com que, em certas circunstâncias, as relações sociais venham a se revestir de uma forma especificamente jurídica. “Se excluirmos dessa fórmula certo antropomorfismo a ela inerente, ela se reduziria à seguinte proposição: a *regulação* das relações sociais, em determinadas condições, *assume caráter jurídico*” (PACHUKANIS, 2017b, p. 103, grifo do autor). A partir da distinção entre regulação jurídica em sentido estrito e regulação técnica se conclui que uma dada norma assume um caráter eminentemente jurídico quando parte da premissa fundamental do antagonismo dos interesses privados.

Essas considerações nos dirigem ao cerne das reflexões de Pachukanis sobre o liame entre a norma e a relação jurídica a partir de um ponto de vista lógico: a problemática do direito subjetivo e sua oposição ao direito objetivo. De acordo com ele essa antiga questão da teoria do direito consiste tanto num caso específico do já mencionado “problema filosófico do homem enquanto *bourgeois* e do homem enquanto *citoyen*”, quanto numa epítome [*Inbegriff*] e mais alta representação da ambivalência e dualidade da forma do direito e de seu conceito científico⁹.

Assim como na análise sob o ponto de vista real, também a análise lógica da cisão dualista interna do conceito de direito se dirige contra a “postura normativista”, que, como já visto, compreende o direito como conjunto de normas postas pelo Estado, e, por isso, reconhece apenas o direito objetivo como essencial: o direito subjetivo seria representado como uma sombra da norma objetiva (PACHUKANIS, 2017a).

⁹ O direito enquanto forma só seria apreensível a partir da compreensão de suas dicotomias. A construção do direito enquanto objeto de uma teoria do direito materialista teria que levar em consideração a ligação entre os conceitos fundamentais dicotômicos e contraditórios do direito e a realidade burguesa capitalista, na qual a forma jurídica se desenvolve plenamente. (PACHUKANIS, 2017a, p. 75). Esses pressupostos serão duramente criticados por Hans Kelsen (cf. Seção 4 do presente trabalho). Outra manifestação da ambivalência e dualidade do conceito de direito com a qual Pachukanis se ocupa é a dicotomia direito público *versus* direito privado, até hoje muito utilizada. “É essa mesma contradição a característica distintiva da forma jurídica como tal. A separação do direito em público e privado caracteriza essa forma tanto do ponto de vista lógico como do ponto de vista histórico”. (2017a, p. 114). Aqui fica muito evidente que, na teoria marxista do direito de Pachukanis, a construção do conceito de direito a partir de “pares de oposições” [*Gegensatzpaaren*] corresponde a uma oposição [*Gegensätzlichkeit*] e até contradição intrínseca à sua forma.

Pachukanis até admite a identificação feita por Kelsen¹⁰ entre o direito subjetivo enquanto pretensão de uma parte com a obrigação da outra parte correspondente àquela pretensão. Consoante sua concepção da imediatidade entre as relações de produção e as relações jurídicas, contudo, ele rechaça “o desejo de conferir à ideia de regulamentação externa o momento lógico fundamental do direito que nos leva a identificar o direito como uma ordem social autoritariamente estabelecida” (PACHUKANIS, 2017a, p. 110), isto é, identificar o direito subjetivo com o direito objetivo¹¹.

Qualquer tentativa de eliminar a contradição entre as distintas manifestações do conceito de direito (*law e right*) através de sua identificação é rejeitada. Ainda que Pachukanis identifique o direito de uma pessoa com a obrigação correspondente de outra, para ele a ambivalência do conceito de direito não pode ser explicada através de uma simples combinação e conseguinte identificação entre imperativo estatal (prescrição jurídica) e os deveres por ele impostos. A partir da análise do direito de propriedade¹², condição de existência da sociedade capitalista, Pachukanis conclui que nem a norma objetiva, nem o dever subjetivo (correspondente a uma pretensão) seriam o primordial, mas sim o *direito subjetivo independente*, “pois ele, em última instância, apoia-se nos interesses materiais que existem independentemente de regulamentação externa, ou seja, consciente, da vida social”. (2017a, p. 109).

10 Uma epígrafe da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960), ainda que bastante posterior à *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (1924), sintetiza essa identificação, admitida por ambos os autores: “Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe” (KELSEN, 2006, p. 142). Para uma síntese da concepção kelseniana de direito subjetivo cf. KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 162.

11 Cf. KELSEN, H. *Allgemeine Rechtslehre im Lichte Materialistischer Gechichtsauffassung*. In: _____. *Demokratie und Sozialismus*. Ausgewählte Aufsätze. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967, p. 109: “Assim o dever jurídico é reconhecido como a única função essencial do direito objetivo” e “Reduzindo-se de tal forma o direito subjetivo ao objetivo, é excluída qualquer função ideológica” (tradução nossa). No original: „Damit ist die Rechtspflicht als die allein wesentliche Funktion des objektiven Rechts erkannt“ e „Wird das subjektive Recht so auf das objektive reduziert, in das objektive zurückgenommen, ist jeder ideologische Mißbrauch ausgeschlossen“.

12 Em sua forma totalmente desenvolvida, na condição de um mercado burguês capitalista, a propriedade se manifesta como *livre disposição* dos “produtos do trabalho tornados mercadoria”, tornando-se, então, através do ato da troca, no substrato material da forma do direito. (PACHUKANIS, 2017a, p. 118).

Enquanto expressão jurídica dos interesses dos sujeitos econômicos, o direito subjetivo pode ser descrito como “vontade presumida juridicamente”¹³ (PACHUKANIS, 2017a, p. 121). A análise do conceito jurídico fundamental de sujeito de direito torna-se, então, indispensável, não só por se referir a uma das partes constituidoras da relação jurídica, mas principalmente porque o sujeito de direito se manifesta fundamentalmente como “titular e portador” de direitos subjetivos. A *persona* jurídica concentra em si interesses juridicamente reconhecidos, cujos antagonismos com os de outro sujeito de direito constitui a premissa fundamental da regulação jurídica, tal qual concebida pelo jurista soviético. As relações jurídicas, que surgem a partir das relações de produção e circulação e as expressam, existem entre dois sujeitos de direito e são garantidas por uma ordem objetiva. Todavia, essa ordem só pode ser caracterizada como jurídica quando pressupõe disputas e litígios potenciais entre os sujeitos que compõe as relações que ela garante. É por isso que Pachukanis se refere ao sujeito de direito como “o átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples e indivisível, que não pode mais ser decomposto” (2017a, p.117).

Por essa razão, o próximo e quiçá mais importante passo para o desvelamento da forma do direito consiste na investigação sobre o fenômeno da subjetividade jurídica. Os pontos principais de tal investigação deixam-se exprimir através das seguintes indagações: *sob quais condições, por que e como* o homem se torna sujeito de direito? As respostas a esses questionamentos permitem a Pachukanis atingir o objetivo central de seu trabalho, qual seja a aproximação da forma jurídica à forma da mercadoria¹⁴.

13 Sobre o papel da teoria da vontade na construção do conceito de sujeito de direito, cf. PACHUKANIS, 2017a, p. 123.

14 As condições materiais que condicionam o surgimento do sujeito de direito e o processo histórico de juridificação [*Verrechtlichung*] do homem correspondem de certa forma às condições sob as quais se dá a emergência do Estado moderno. Essa correlação já fora mencionada no comentário a respeito de certo paralelismo entre o desenvolvimento dos pensamentos jurídico e econômico. Refere-se, com efeito, à tese central da obra, segundo a qual o desenvolvimento e realização completa da sociedade capitalista burguesa e de sua forma específica de socialização geram a forma jurídica e a forma da mercadoria. A análise de conceitos jurídicos fundamentais como o de sujeito de direito e o de Estado é o caminho para alcançar a forma jurídica que neles se expressa. A problemática do Estado será abordada na terceira parte do artigo.

Assim como a multiplicidade natural das qualidades úteis do produto é na mercadoria apenas um simples invólucro do valor, e os aspectos concretos do trabalho humano dissolvem-se em trabalho humano abstrato, como criador de valor, de modo semelhante, a multiplicidade concreta das relações do homem para com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário, e todas as particularidades concretas que diferem um representando do gênero *Homo sapiens* de outro dissolvem-se na abstração do homem em geral, como sujeito jurídico. (PACHUKANIS, 2017b, pp. 141-142).

Apoiando-se n^o *O Capital*, Pachukanis aponta para o fato de que o surgimento da categoria de valor pressupõe, como condição material, a pré-existência de um mercado permanente. Assim, da mesma forma como o valor, enquanto categoria econômica, tão somente aparece quando atos de troca mais ou menos reiterados se desenvolvem, transformando-se em circulação sistemática de mercadoria, também o surgimento do sujeito de direito está condicionado ao desenvolvimento das relações sociais em um processo de produção organizado e mais condensado, acompanhado pelo aumento do poder centralizado de organização social, ou seja, organização de classe, culminando na figura do Estado burguês (PACHUKANIS, 2017b).

É a necessidade de poder coercitivo, no entanto, que explica a metamorfose do “homem enquanto indivíduo zoológico em um sujeito de direito abstrato e impessoal”. “Poderia conquistar e impor” [*Erringen und erzwingen*], explica Pachukanis, “somente alguém que possuísse não só a vontade, mas também uma considerável dose de poder”¹⁵

15 Pachukanis procura realizar, aqui, uma reconstrução materialista da vinculação, correntemente aceita na teoria do direito desde o iluminista alemão Christian Thomasius (cf. HÖFFE, O. Der kategorische Rechtsimperativ. In: _____. (Hrsg.). *Klassiker Auslegen Band 19 – Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2011, p. 55), entre direito e coerção, cuja mais famosa fundamentação teórica foi apresentada por Immanuel Kant. Em que pese a fundamentação kantiana seja puramente idealista, na medida em que faz “o conceito de direito consistir imediatamente na possibilidade de conexão da coação recíproca universal com a liberdade de qualquer um” (KANT, 2014, p. 36 [*Akademie-Ausgabe Band VI, S. 232*]), o emprego do poder coercitivo já é justificado, em Kant, na condição que precede à organização estatal (direito privado kantiano). Cf. KANT, I. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014). Na reconstrução do papel da coerção no desenvolvimento da forma jurídica, especialmente no que tange ao surgimento da categoria do sujeito de

(2017b, p. 145). Conseqüentemente, a forma do direito subjetivo adquire uma esfera de dominação, que vem a ostentar um novo significado quando passa a receber seu fundamento de uma norma exterior: o significado de direito subjetivo em seu desenvolvimento perfeito (PACHUKANIS, 2017b).

Paralelamente, a transformação do homem em sujeito de direito desempenha a função de proporcionar as condições sob as quais possam se realizar atos de troca segundo o princípio da equivalência, quais sejam as características puramente formais da liberdade e da igualdade, que são pressupostos à participação no mercado. Nos dizeres de Naves, “a forma-sujeito de que se reveste o homem surge como a condição de existência da liberdade e da igualdade que se faz necessária para que se constitua uma esfera geral de trocas mercantis” (2008, p. 65).

É justamente no mercado que o homem se torna *persona* jurídica¹⁶ (PACHUKANIS, 2017b). Para tanto, o contrato desempenha um papel fundamental, na medida em que possibilita a circulação de produtos do trabalho tornados mercadoria. O contrato, não enquanto conceito abstrato da teoria jurídica, mas na qualidade de instituição social atuante na história, é o verdadeiro fundamento material da forma jurídica e, conseqüentemente, dos conceitos de sujeito de direito e de ato de vontade, que, fora do contrato, “existem somente como abstrações sem vida” (PACHUKANIS, 2017b, p. 150).

A emergência do mercado traz novas necessidades, principalmente no que tange à mobilidade das mercadorias através de atos de troca. É nesse contexto que se dá o surgimento da nova categoria econômica do valor, que possibilita a valoração objetiva dos bens, funcionando como critério de troca. Concomitantemente, entra em cena o princípio capitalista da equivalência, tornando o valor de uso irrelevante, na medida em que só é passível de apreciação subjetiva.

“Quando a coisa funciona como valor de troca, ela se torna uma coisa impessoal, um objeto puro do direito, e o sujeito que dela dispõe, um sujeito jurídico puro”¹⁷ (PACHUKANIS, 2017b, p. 152). Portanto,

direito, as ponderações de Pachukanis também se voltam para uma condição pré-estatal – compreendida como aquela na qual se encontram as condições materiais descritas na nota de rodapé 13, e não como algum tipo de estado de natureza – concentrando-se, porém à sua necessidade, não apresentando qualquer tipo de justificação ou fundamentação propriamente dita.

¹⁶ “No mercado, cada vendedor e cada comprador é, [...] um sujeito jurídico *par excellence*.”

¹⁷ Razão pela qual a característica essencial do direito de propriedade capitalista é o direito

de uma mesma relação social, qual seja aquela que se realiza no mercado através do ato de troca entre possuidores de mercadorias, surgem o forma da mercadoria enquanto valor (encarnação do princípio da equivalência) e a forma jurídica, caracterizada pela separação entre a “capacidade de ter um direito em geral” e as “pretensões jurídicas concretas” (PACHUKANIS, 2017b, p. 146).

4. PROBLEMAS CENTRAIS DA TEORIA DO DIREITO: ESTADO E MORAL

Expostas as linhas gerais da concepção de Pachukanis acerca da forma jurídica, passa-se a discutir sua abordagem sobre duas das principais problemáticas da teoria do direito. Inicialmente cuidar-se-á de sua concepção materialista do Estado, com ênfase especial ao papel que desempenha na geração e na conservação da forma do direito. Após, tratar-se-á do tradicional tema da relação entre o direito e a moral, de grande relevância no debate teórico contemporâneo.

Desde que continue a se manifestar como ato de troca individual e isolado, diz Pachukanis, “o intercâmbio jurídico em sua ‘natureza’ não presume uma situação de paz” (2017b, p. 165). É apenas com o advento do mercado permanente que surge a necessidade de um estado (também permanente) de paz e segurança para as trocas mercantis, que, num primeiro momento, é garantido pelos senhores feudais.

Graças a essa nova função que passa a desempenhar (garantia da paz, tranquilidade e segurança ao mercado), o poder feudal adquire uma nova característica ainda em emergência: *caráter público* [Öffentlichkeit]. O caráter público de um poder é marcado pelo exercício da violência em nome de um interesse impessoal (ou suprapessoal), ou seja, pelo fato de que o poder deixa de ser exercido exclusivamente ou principalmente em nome do interesse do próprio senhor feudal. Por isso, embora ainda numa estrutura social feudalista, essa nova forma de exercício do poder que acompanha o amadurecimento de um mercado permanente pode ser caracterizada como uma *forma embrionária do Estado* (PACHUKANIS, 2017b).

de disposição, e não o direito de uso ou de gozo (cf. nota de rodapé 11).

Em que pese o Estado se deixe definir como “a organização real de dominação de classe”¹⁸ (PACHUKANIS, 2017b, p. 101), de um ponto de vista puramente jurídico ele só pode ser concebido como “fiador da troca mercantil” (PACHUKANIS, 2017b, p. 169). Apenas como garante do mercado o Estado tem por fundamento o antagonismo dos interesses privados (pressuposto da regulação jurídica *stricto sensu*). A questão fundamental que então se impõe é: “por que é a dominação de classe não permanece aquilo que ela é?” (PACHUKANIS, 2017b, p. 171), ou, em outras palavras, por que é que ele se torna um aparato de poder público e se reveste, assim, de *caráter jurídico*?

A resposta à indagação relaciona-se diretamente com a manutenção daquelas condições necessárias para a realização do princípio da equivalência (surgidas com o aparecimento do fenômeno da subjetividade jurídica). Trata-se, como já mencionado, da liberdade e igualdade dos participantes do mercado, *i.e.*, dos contratantes.

“Onde surge em cena a categoria do valor e do valor de troca, a premissa é a vontade autônoma das pessoas que atuam na troca” (PACHUKANIS, 2017b, p. 174). Ocorre que os atributos da liberdade e da igualdade são inseparáveis. A manutenção daquela esfera *individual* de dominação, que subjaz à noção inicial de direito subjetivo, é, por sua própria natureza, distribuída de forma contingente (entre aqueles que têm mais poder e os outros que têm menos), revelando-se, assim, incompatível com a pressuposta igualdade dos sujeitos de direito e, conseqüentemente, com o exercício de uma vontade autônoma e livre, necessário ao ato de troca.

Por essa razão, o poder garantidor do mercado necessita aparecer:

[...] como coerção proveniente de alguma pessoa abstrata em geral, como coerção não realizada no interesse do indivíduo do qual ela provém, [...] mas no interesse de todos os participantes do intercâmbio jurídico. O poder do homem sobre o homem é realizado como poder do próprio direito, ou seja, como poder da norma objetiva imparcial (PACHUKANIS, 2017b, p. 175).

18 No que diz respeito às funções de “organização classista de dominação” e de “condução de guerras externas”, o Estado não deve ser interpretado em seu caráter jurídico, na medida em que não regula interesses antagonicos, sendo esta, a única razão do direito, mas não do Estado.

Conclui então o autor soviético, em claras palavras, que o Estado burguês tem como fundamento:

[...] um só princípio, que reza que, dentre dois agentes de troca no mercado, nenhum pode agir como regulador autoritário da relação de troca, mas que, para isso, é necessário um terceiro, que encarna a garantia mútua que os possuidores de mercadorias, na condição de proprietários, dão um ao outro, e que, conseqüentemente, é a regra personificada da correlação entre possuidores de mercadorias. (PACHUKANIS, 2017b, p. 180).

Também a moral é compreendida como forma específica da sociedade burguesa, condicionando, da mesma forma que o direito e que o Estado, a realização da relação de valor que se desenvolve no mercado. Isso, pois o homem, ao participar das relações de produção e circulação de mercadorias, o faz sob três “máscaras de personagem” [*Charaktermaske*]: o homem como sujeito moral, o homem como sujeito de direito e o homem como sujeito econômico (*homo economicus*). Esses três momentos de aparição do sujeito nas relações sociais capitalistas correspondem a três princípios: o valor supremo da pessoa (*i.e.* dignidade da pessoa humana), liberdade (contratual) e o egoísmo. Em que pese sejam contraditórios entre si, esses atributos do homem burguês estão “indissolúvelmente ligados um ao outro”, articulando-se dialeticamente numa totalidade (PACHUKANIS, 2017b, p. 185).

Calcando-se mais uma vez em Marx, Pachukanis defende que a noção de igualdade entre os seres humanos, central à moral burguesa, deriva da “equiparação prática recíproca de todos os tipos de trabalho humano” (2017b, p. 183). Isso significa apenas que a moral espelha um aspecto das relações burguesas: o que mostra a sujeição das relações humanas à lei do valor. Na medida em que esse é apenas um dos três aspectos que compõe a personagem burguesa, a contradição que lhes é inerente evidencia-se, principalmente no que diz respeito à incompatibilidade entre o princípio do egoísmo e a ideia de igualdade entre todos os homens, subjacente ao princípio do valor supremo da pessoa (PACHUKANIS, 2017b).

O sujeito de direito encontra-se justamente no nível intermediário entre o *homo economicus* e o sujeito moral. O direito subjetivo, com efeito, encontra suas raízes em interesses materiais independentes de regulação jurídica. Relaciona-se, portanto, com o sujeito econômico na medida em que representa um reconhecimento jurídico de um interesse econômico. Porém, para que o princípio da equivalência se realize, através da forma da mercadoria (do valor de troca), é essencial que os atos de troca se deem entre partes que reconheçam reciprocamente sua liberdade e igualdade.

Enquanto imperativos sociais, os princípios da liberdade e da igualdade podem ser estabelecidos jurídica ou moralmente. De acordo com a moral burguesa, todavia, o homem não é passível de ser forçado a agir moralmente – o sujeito moral autônomo deve autodeterminar racionalmente sua vontade. “Todo o *pathos* do imperativo categórico kantiano resume-se ao fato de que o homem faz ‘livremente’, ou seja, de acordo com uma convicção interna, aquilo a que ele seria forçado no plano do direito” (PACHUKANIS, 2017b, p. 187).

É em virtude dessa impossibilidade de se forçar coercitivamente a autodeterminação moral do sujeito que o direito se torna necessário. Nesse momento, a ideia de justiça ganha relevância, sendo responsável por transpor a noção de ética – “constrangimento internalizado para ser sujeito burguês”¹⁹ (GRUBER; OFENBAUER, 2003, p. 16, tradução nossa) – ao plano jurídico. Segundo sua própria forma, a moral funciona, então, como um *maximum* em relação ao reconhecimento recíproco da liberdade e da igualdade de todos os homens entre si, na medida em que requer a própria ideia de dever como móbil da ação [*die Idee der Pflicht als Triebfeder der Handlung* – »aus Pflicht« *handeln*]²⁰, prescindindo de qualquer coerção externa. O direito, por sua vez, representa um *minimum*: coage externamente o indivíduo a ser sujeito de direito (PACHUKANIS, 2017b).

Para a realização desse mínimo, basta que os consumidores de mercadorias se comportem como se eles se reconhecessem como proprietários. A conduta moral contrapõe-se à conduta legal, que se caracteriza como tal sem depender dos motivos que a provocam. (PACHUKANIS, 2017b, p. 194, grifo do autor).

19 No original: „internalisierter Zwang, bürgerliches Subjekt zu sein“.

20 Cf. KANT. I. *Op. Cit.* p. 20, *Et. Seq.* [Akademie-Ausgabe Band VI, S. 219, *Et. Seq.*].

5. A CRÍTICA METODOLÓGICA DE HANS KELSEN

Como já visto, o teórico do direito austríaco Hans Kelsen é diversas vezes mencionado por Pachukanis em sua obra magna, sendo, na maioria das passagens, objeto de crítica por parte do autor soviético. No ano de 1931, dois anos após a tradução da *Teoria Geral do Direito e Marxismo* para o alemão, Kelsen publica o artigo “*Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*” [Teoria Geral do Direito à luz da concepção materialista da história], no qual as críticas que recebera encontram respostas. Além disso, nesse trabalho Kelsen formula sua própria crítica ao pensamento de Pachukanis, a quem ele chama de “marxista defensor de todas as ideologias jurídicas burguesas”²¹ (KELSEN, 1967, p. 126 – nota de rodapé 101, tradução nossa).

Em que pese Kelsen e Pachukanis compartilhem um mesmo ponto de vista central, qual seja “a rejeição à, por eles assim designada, jurisprudência burguesa”²², suas respectivas teorias do direito encontram-se apoiadas sobre “concepções de ciência opostas”²³ (HARMS, 2009, pp. 81 e 84, tradução nossa). O cerne da crítica kelseniana à teoria de Pachukanis relaciona-se justamente às suas premissas e aos métodos que adota²⁴.

A crítica metodológica de Kelsen dirige-se fundamentalmente à combinação de duas das premissas de Pachukanis. Inicialmente, àquela segundo a qual os conceitos não seriam unicamente abstrações artificiais e ideológicas da ciência, mas que encobririam um substrato material que os subjaz. Por fim, à assunção, por parte do jurista marxista, do pensamento dualista da “jurisprudência tradicional”. Segundo Kelsen, é a partir da combinação dessas duas premissas que “Pachukanis concebe os conceitos dualistas da teoria geral do direito como um retrato distorcido de uma realidade em si às avessas”²⁵ (HARMS, 2009, p. 82, tradução nossa).

21 No original: „*marxistischer Verteidiger aller bürgerlichen Rechtsideologien*“.

22 No original: „*die Ablehnung der von ihnen so bezeichneten bürgerlichen Rechtswissenschaft*“.

23 No original: „*entgegensetzen Wissenschaftsvorstellungen*“.

24 Cf. A segunda seção desse artigo: “Tentativa de uma crítica aos conceitos jurídicos fundamentais” (pp. 3-6), bem como KELSEN, H. *Op. Cit.*, 1967, p. 119: “A crítica metodológica é o meio específico de uma destruição radical da ideologia” (tradução nossa). No original: „... *die methodologische Kritik das spezifische Mittel einer radikalen Zerstörung der Ideologie ist...*“.

25 No original: „...*begreift Pachukanis die dualistischen Begriffe der Allgemeinen Rechtslehre*“.

Opondo-se a essa concepção, Kelsen defende que a revelação da função ideológica do dualismo da jurisprudência tradicional burguesa e a consequente dissolução de todos os seus “pares de oposições” [*Gegensatzpaaren*] seja uma das principais tarefas da teoria (pura) do direito²⁶. É justamente tal revelação (com a dissolução, dela decorrente, das dicotomias jurídicas) que o teórico austríaco busca realizar em sua publicação de 1931 (bem como em diversos outros trabalhos prévios e posteriores), ao passo que Pachukanis aceita tais distinções dualistas, apesar de apontar muitas de suas contradições. O faz objetivando demonstrar uma certa natureza ambígua e ambivalente [*zwiespältig*] do conceito de direito que, de acordo com sua primeira premissa (do substrato material subjacente aos conceitos), revelaria a contradição do próprio direito em si.

Para julgar o direito burguês, Pachukanis defende a teoria do direito burguesa, e isso tudo para poder sustentar a doutrina da extinção do direito na sociedade comunista. A teoria do direito burguesa necessita ser contraditória, uma vez que o direito burguês é contraditório; deixando de ser contraditório, deixa de ser, em geral, direito. O comunismo traz [...] também a possibilidade de uma teoria logicamente livre de objeções. Esse materialismo histórico demonstra – enquanto crítica do direito positivo e prognóstico de seu desenvolvimento futuro – demais, porém, enquanto crítica da teoria do direito corrente, muito pouco.
²⁷ (KELSEN, 1967, p. 122, tradução nossa).

als verzerrtes Bild einer in sich verkehrten Wirklichkeit“.

26 É sintomático que Kelsen tenha dedicado um capítulo inteiro ao assunto em sua primeira versão da Teoria Pura do Direito (Capítulo IV – *„Der Dualismus der Rechtslehre und seine Überwindung“*, ou, em tradução nossa: “O dualismo na teoria do direito e sua superação”), publica em 1934, apenas 3 anos após a publicação de *„Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“*. Cf. KELSEN, H. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, (Hrsg. und eingeleitet von Matthias Jestaedt). Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 51-72 [39-61]. Exemplos dos *Gegensatzpaaren* jurídicos são: direito objetivo e subjetivo; direito público e privado; e Estado e direito. Apresentar a argumentação aduzida por Kelsen para superar o dualismo na teoria do direito extrapolaria os limites do presente trabalho.

27 No original: *„Um das bürgerliche Recht zu verurteilen, verteidigt Paschukanis die bürgerliche Rechtstheorie, und dies alles, um die Lehre vom Absterben des Rechts in der kommunistischen Gesellschaft aufrechterhalten zu können. Die bürgerliche Rechtstheorie muß widerspruchsvoll sein, denn das bürgerliche Recht ist widerspruchsvoll; hört es auf, widerspruchsvoll*

Em síntese: de acordo com Kelsen, “Pachukanis desvanece [*verwischt*] as fronteiras entre teoria do direito e direito”²⁸ (1967, p. 122, tradução nossa). Ao invés de se esforçar para eliminar o dualismo contraditório da jurisprudência tradicional, o teórico do direito soviético apropria-se de todas as dicotomias ideológicas da teoria burguesa para poder sustentar que as contradições expressas por esses “pares de oposições” [*Gegensatzpaaren*] na verdade seriam contradições do direito em si, *i.e.*, da forma jurídica, para cuja superação ele apresenta um único caminho possível: “a criação e consolidação de uma nova base material e econômica” (PACHUKANIS, 2017b, p. 192); ou, em outras palavras: “a luta revolucionária do proletariado e a implementação do socialismo” (PACHUKANIS, 2017b, p. 219).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “*Teoria Geral do Direito e Marxismo*” se deixa compreender como uma tentativa de se atingir a realidade ocultada por de trás das abstrações jurídicas, tencionando demonstrar a conexão próxima entre a forma do direito e forma capitalista da mercadoria. O direito não é apresentado como pura positividade estatal de regras “arbitrárias”, tampouco como pura ocultação ideológica do domínio de classe, mas como uma das formas específicas pelas quais os homens se relacionam entre si. Junto às diversas outras relações sociais, incluindo as relações econômicas de produção e circulação, o direito consiste naquela forma de relação social que assume especificamente o caráter jurídico, na medida em que pressupõe o antagonismo de interesses.

O conceito central de relação jurídica é definido, então, como aquela relação estabelecida entre sujeitos formalmente iguais perante a lei [*gleichberechtigt*], ou seja, entre sujeitos de direito. A subjetividade jurídica, por sua vez, é compreendida como condição de desenvolvimento pleno do capitalismo na medida em que a mobilidade dos produtos do trabalho, essencial ao processo capitalista de circulação de

zu sein, hört es überhaupt auf, Recht zu sein. Der Kommunismus bringt [...] auch die Möglichkeit einer logisch einwandfreien Theorie. Dieser historische Materialismus beweist – als Kritik des positiven Rechts und Prognose für seine Zukunftsentwicklung – zuviel, als Kritik der bestehende Rechtstheorie aber zuwenig“.

28 No original: „*verwischt Pachukanis die Grenze zwischen Rechtstheorie und Recht“.*

mercadorias, requer a figura do contrato, à qual se pressupõe a liberdade (autonomia) daquele que declara sua vontade, bem como a igual possibilidade jurídica de ser titular de um direito.

Nesse contexto, o Estado moderno torna-se necessário para garantir a conformidade das relações juridificadas [*verrechtlichte Verhältnisse*] com a manutenção da liberdade e igualdade formal de todos os cidadãos, potenciais participantes do mercado. A primeira grande conclusão que daí se extrai é, portanto, que não existe capitalismo sem direito. Por outro lado, o direito enquanto tal também tem sua existência condicionada à sociedade burguesa capitalista plenamente desenvolvida. A segunda, e mais importante, conclusão da teoria marxista do direito de Pachukanis é a seguinte: a superação do capitalismo necessita significar a extinção do direito enquanto tal; mudanças socialistas no conteúdo das leis, por sua vez, são insuficientes para a fundação do comunismo.

Apesar de muito originais, na medida em que buscam alcançar uma crítica ao direito que transcenda qualquer de seu eventual conteúdo, as conclusões de Pachukanis pela relatividade e condicionalidade histórica do Direito à sociedade burguesa capitalista acabam sendo, elas mesmas, condicionadas pelas premissas materialistas das quais parte. Principalmente no que tange à imputação de eventuais contradições e ambivalências nos conceitos jurídicos fundamentais a um substrato material que os subjaz, a crítica pachukaniana peca por desconsiderar os aspectos críticos da doutrina pura do direito dirigidos ao dualismo da jurisprudência tradicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRUBER, A.; OFENBAURE, T. Der Wert des Souveräns: Zur Staatskritik von Eugen Paschukanis. In: PACHUKANIS, E. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Freiburg/Wien: ça ira Verlag, 2003, pp. 7-25.
- HARMS, A. *Warenform und Rechtsform: zur Rechtstheorie von Eugen Paschukanis*. Freiburg: ça ira Verlag, 2009.
- HÖFFE, O. Der kategorische Rechtsimperativ. In: _____. (Hrsg.). *Klassiker Auslegen Band 19 – Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2011, pp. 41-62.
- KANT, I. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- KELSEN, H. Allgemeine Rechtslehre im Lichte Materialistischer Geschichtsauffassung. In: _____. *Demokratie und Sozialismus: Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967, pp. 69-136.
- _____. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, (Hrsg. und eingeleitet von Matthias Jestaedt). Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MUSIL, R. *O Homem sem Qualidades*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- NAVES, M. B. *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- PACHUKANIS, E. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo e Ensaio Escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Editora Sundermann, 2017b.
- _____. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017a.
- SCHMITT, C. Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico. In: MACEDO JR., R. P. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 131-176.
- WALLOSCHKE, T. Eugen Paschukanis: Eine biographische Notiz. In: PACHUKANIS, E. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Freiburg/Wien: ça ira Verlag, 2003, pp. 195-204.

AS FAMÍLIAS PARALELAS NOS TRIBUNAIS: EM BUSCA DE RECONHECIMENTO

POLYAMOROUS FAMILIES IN THE COURTS:
SEARCHING FOR RECOGNITION

Paula Paciullo de Oliveira¹

Thainara Silva da Costa²

Thais Silva da Costa³

Resumo: O presente trabalho busca analisar o tratamento legal e jurisprudencial hodiernamente dispensado a uma temática alvo de polêmicas e embates: o reconhecimento e a atribuição de consequências jurídicas às famílias paralelas ou simultâneas. Para tanto, inicialmente, buscar-se-á de forma breve conceituar tal estrutura familiar, diferenciando-a de outros modelos, como o poliamor, para, em seguida, proceder a uma breve explanação acerca da necessária e indispensável valorização do princípio da afetividade no âmbito do direito de família, com vistas a superar regras morais e religiosas que impõem uma única forma de amar. Em seguida, analisar-se-á as repercussões jurídicas no âmbito do direito previdenciário e do direito sucessório em torno dessa temática, e, por fim, será examinado o pronunciamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores no que diz respeito aos efeitos jurídicos atribuídos a esse modelo familiar.

Palavras-chave: Famílias paralelas ou simultâneas. Tratamento legal e jurisprudencial. Direito sucessório. Direito previdenciário.

1 Técnica em Gestão Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) e graduanda do 9º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

2 Graduanda do 9º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

3 Graduanda do 9º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Abstract: The present work aims to analyze the legal and jurisprudential treatment currently dispensed to a polemical and debated theme: the recognition and attribution of juridical consequences to polyamorous families. In order to accomplish this, first a brief conceptual outline of such family structure will be drawn, differentiating it from other models such as polyamory, to proceed afterwards to a short explanation of the necessary appreciation of the principle of affectivity in the scope of family law, aiming to overcome moral and religious rules which impose a unique way to love. Subsequently, an analysis will be done on the juridical reverberations regarding social security and succession law involving the discussed theme. Finally, the jurisprudential speech of the Supreme Courts will be examined with respect to the juridical effects attributed to such family model.

Keywords: Polyamorous families. Legal treatment and jurisprudential. Succession law. Social security.

Submissão: 11/04/2020

Aceite: 27/06/2020

1. INTRODUÇÃO

A reabertura valorativa do Direito Civil, iniciada a partir da Constituição de 1988, alterou substancialmente as relações familiares, impondo o reconhecimento e a tutela de novos modelos de família fora da tradicional concepção pautada unicamente no casamento. Notadamente nas últimas décadas, as relações sociais, como um todo, e as familiares, em específico, sofreram profundas modificações de ordem estrutural, as quais demandaram do Direito outros tratamentos jurídicos consentâneos às novas realidades do tecido social.

Em um breve apanhado histórico das paradigmáticas reviravoltas no Direito de Família, destaca-se o reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade, as chamadas uniões estáveis, cujo reconhecimento só se tornou uma realidade com o advento da Constituição de 1988. Mais tarde, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277⁴ estendeu os efeitos da união estável aos casais homoafetivos. Para além disso, assistiu-se em um só século, a promulgação da Lei do Divórcio no ano de 1977⁵, a equiparação legal entre filhos biológicos, adotivos e os havidos fora do casamento, o que se deu com o advento da Constituição, e o desabrochar de novos arranjos familiares, cujo traço distintivo repousa na afetividade. Ilustrativamente, verificam-se novos modelos de família, como as monoparentais, poliamorosas, reconstituídas, nucleares e extensas⁶.

4 Relativamente às uniões homoafetivas, o STF, em julgamento da ADI 4277/DF em 05.05.2011, conferiu especial proteção a essas entidades familiares, ao argumento de que “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa [...]. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º)”. No mais, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

5 O direito à dissolução da sociedade conjugal só foi adquirido com a edição da Lei n° 6.515/1977, que concedeu a possibilidade de um novo casamento, mas somente por uma vez. Todavia, a permissão legal para a realização ampla e irrestrita do divórcio só se tornou possível com a promulgação da Emenda Constitucional n° 66/ 2010. Isso porque promoveu a alteração do art. 226, § 6° da CF/88 para permitir o chamado divórcio direto, dispensando a realização da separação judicial prévia, como ocorria anteriormente. De igual modo, os dispositivos que regulamentavam a discussão da culpa no fim do matrimônio foram extirpados do Código Civil, tornando-se, assim, o divórcio um direito potestativo dos cônjuges.

6 SOUZA, Alinne; BELEZA, Mirna; ANDRADE, Roberta. Novos arranjos familiares e os desafios ao direito de família: uma leitura a partir do Tribunal de Justiça do Amazonas. Disponível

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva investigar o atual cenário jurisprudencial e legal no que se relaciona à atribuição de juridicidade conferida às famílias paralelas, notadamente no âmbito previdenciário e sucessório.

O estudo se justifica pelo motivo de tratar-se de temática relativamente recente na jurisprudência e na doutrina e sobre a qual há evidente omissão legal. Como poderá ser verificado adiante, há certa resistência dos Tribunais Superiores que insistem em fechar os olhos para essa realidade e negar juridicidade a esse modelo familiar.

A partir do método investigativo bibliográfico e de pesquisas nos sítios dos Tribunais Superiores, buscar-se-á demonstrar a imprescindibilidade de se atribuir efeitos jurídicos às famílias simultâneas, de modo a prestigiar o vínculo afetivo que as unem. Para além disso, pretende-se desconstruir a concepção de que a monogamia é um princípio absoluto do Direito de Família, sugerindo que a família, como núcleo de peculiaridade dinâmica, pode assumir múltiplos contornos.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA PARALELA OU SIMULTÂNEA

A concepção atual e constitucionalizada de família, seja qual for sua configuração ou modelo, deve possuir alguns pressupostos mínimos, como a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade. No entanto, tais características apenas conferem a um determinado grupo⁷ a qualificação genérica de “família”, sem estabelecer as diferenças existentes entre as suas variadas espécies.

Assim, a despeito de atualmente se entender que as uniões homoafetivas gozam de proteção constitucional, devendo ser reconhecidas como família - e não como sociedade de fato, conforme já se entendeu no passado - há, ainda, outros núcleos familiares marginalizados pela lei.

em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiFvazSp5HnAhVrF7kGHWskDiYQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.unifap.br%2Findex.php%2Fpracs%2Farticle%2Fvie%2F577%2Fn-5Souza.pdf&usg=AOvVaw0ezNxDemXlqTd1bGChWfe>>. Acesso em 20/01/2020.

7 Relativamente à impenhorabilidade do imóvel residencial, ainda que o executado seja solteiro, para os fins da Lei 8.009/90, o STJ, no julgamento do REsp 182.223/SP, sumulou o seguinte entendimento: “*Súmula 364, STJ - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas*”.

É o caso das uniões simultâneas ou paralelas e das relações poliamorosas, as quais frequentemente são compreendidas como sinônimos, mas possuem diferenças, sendo imperativo diferenciá-las neste trabalho, a fim de eliminar equívocos que contribuam para uma má compreensão do tema:

O poliamor ainda é um tabu no meio acadêmico e as Cortes Superiores fazem de conta que tal fato não é retratado em nossa sociedade. A questão é diferenciar um eventual modelo de família ou núcleo familiar em que várias pessoas, mais de duas, simultaneamente e no mesmo núcleo, se relacionam, com as famílias simultâneas, que são núcleos distintos, mas há um membro em comum que integra os dois ou mais núcleos simultâneos. Alguns defendem que a família simultânea seria uma espécie do gênero “poliamor” (CARNACCHIONI, 2018, p. 1467).

[...] quando o vínculo de convivência de mais de duas pessoas acontece sob o mesmo teto, não é possível se chamar de união paralela, no sentido mesmo da palavra, ou seja, que elas não se encontram. Daí o nome união polifetiva, ou poliamor. Trata-se de uma interação recíproca, constituindo família ou não. Todos os envolvidos sabem da existência das outras relações, compartilhando muitas vezes entre si o afeto (DIAS, 2016, p. 480).

Com efeito, diferencia-se o poliamor das relações paralelas na medida em que, na primeira, existem mais de duas pessoas que se relacionam afetivamente entre si, de maneira pacífica e consentida; já na segunda, um membro comum transita em núcleos familiares distintos, sem que exista relação entre eles.

Destaca-se que, no conceito aqui adotado de “família simultânea”, impera a boa-fé entre os envolvidos, isto é, todos têm conhecimento da transitoriedade do membro em comum nas relações, por isso não é adequado falar em traição ou concubinato. A presença da boa-fé é importante não só para fins de classificação deste arranjo familiar, mas também para investigar os efeitos atribuídos pelos Tribunais quando a lealdade se faz presente no caso sob julgamento.

Em essência, seja hipótese de poliamor, seja de união paralela, há que se reconhecer um ponto em comum: o afeto é valor fundamental para consolidação de qualquer núcleo familiar. Para Carnacchioni (2018, p. 1466), “[...] a família deixa de ser unidade de produção e reprodução para se tornar unidade afetiva. Para se tornar família, o núcleo de pessoas deve ser estável, contínuo, ininterrupto, duradouro, a fim de sustentar sua formação”.

3. A MONOGAMIA, O MORALISMO E A VALORIZAÇÃO DA AFETIVIDADE

Não raras vezes, a suposta defesa da entidade familiar é utilizada como fundamento de ideais preconceituosos e retrógrados, que não mais se coadunam com uma sociedade plural, democrática e livre. A tutela jurídica das famílias diz respeito a todos, porquanto relaciona-se com àquilo de mais caro ao ser humano: o afeto. Não por outra razão, o princípio da afetividade é tido como basilar do direito de família e como elemento distintivo dos laços familiares. Isso porque as mudanças ocasionadas na sociedade reformularam o conceito de família, que passou significar local de amor e de afeto, afastando-se do modelo convencional constituído sob o binômio casamento-procriação, para abarcar outras estruturas de convívio.

Verifica-se um excessivo intervencionismo estatal nas relações afetivas, o que Maria Berenice Dias cunhou de *estatização do afeto*, traduzindo-se na sistemática ingerência da vida íntima e eminentemente privada por parte do Poder Público. É sob esta ótica que o paradigma da monogamia é imposto como um princípio quase absoluto e inquestionável, o que conduz ao injustificado não reconhecimento das famílias simultâneas brasileiras, que acabam sendo condenadas a um lugar de *não direito* (DIAS, 2016).

Por sua vez, busca-se no presente trabalho, desconstruir a falsa ideia de que a monogamia é um princípio de matriz constitucional, eleito pelo Constituinte de 1988 como a única e necessária maneira de se constituir como família. Com efeito, o que a realidade nos revela é que a monogamia encontra mais fundamento religioso e moral do que propriamente jurídico. Não obstante, como se sabe, as leis prestam-

-se, primordialmente, a refletir os valores sociais de uma determinada sociedade. O elemento moral e sagrado, portanto, é o que justifica e sustenta a imperatividade da família monogâmica nos dias atuais, com clara influência da tradição judaico-cristã, dominante na sociedade brasileira. Trata-se, portanto, de mera convenção social e moralmente estabelecida, que exerce função ordenadora da família.

Assim, a monogamia, anota Dias:

Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas (DIAS, 2015, p. 71-72).

As famílias paralelas são baseadas na ideia de liberdade individual, e não se assemelham à infidelidade, que é sinônimo de desonestidade e de depravação moral, e também não implicam em traição, na medida em que se constituem com base na boa-fé, no consentimento mútuo e no conhecimento de todos os envolvidos.

O Direito, por sua vez, enquanto ciência reguladora das relações humanas, não pode furtar-se de reconhecer esta realidade fática, que é a existência de um pluralismo familiar, no qual estão presentes todas as características que marcam uma vida em família, como a afetividade, a solidariedade e a responsabilidade.

4. REPERCUSSÕES JURÍDICAS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

4.1. *A pensão por morte e o reconhecimento das famílias paralelas*

A pensão por morte é espécie de benefício previdenciário previsto na Lei nº 8.213/91, também conhecida como Lei dos Benefícios (BRASIL, 1991)⁸. Para a sua concessão, o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), além de exigir que o falecido seja segurado da Previdência Social, isto é, seja um contribuinte, também coloca como requisito a existência de dependência econômica dos requerentes para com o *de cujus*.

Não é difícil imaginar que, uma vez reconhecida a legitimidade das famílias paralelas, amplos seriam os desdobramentos na seara previdenciária, notadamente na pensão por morte, objeto de análise neste trabalho, mas também em qualquer outro benefício previdenciário cujo requisito seja a dependência econômica para com o segurado. Para facilitar a análise desse requisito, a legislação estabelece que o cônjuge, o companheiro, os filhos menores de 21 anos e os filhos com deficiência maiores de 21 anos de idade, possuem presunção relativa de dependência⁹.

Vale registrar que a legislação previdenciária presume como dependentes as pessoas que, em decorrência do dever de solidariedade e por motivo econômico ou familiar, estão subordinados ao segurado. Ou seja, não existe norma limitadora que vede a partição do benefício entre mais de uma pessoa que se encontre em estado de dependência.

Nesse cenário, ganha destaque o Direito de Família, cujos institutos podem auxiliar a correta análise acerca da (in)existência de relações mantidas pelo segurado falecido a ensejar à concessão da pensão por morte.

Com efeito, os diversos fenômenos sóciodemográficos que contribuíram para a alteração radical da vida familiar, fizeram surgir as *famílias democráticas*, termo cunhado por Bodin de Moraes para referenciar as mudanças ocorridas no Direito de Família ao longo do século XX e XXI (BODIN, 2005). Tais fenômenos, invariavelmente, acabaram por refletir nas demandas previdenciárias, as quais assistem a uma variedade de reivindicações fundadas nas relações de poliamor e de convivência simultânea.

Assim se deu no ano de 2013, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1418167/CE, em que o STJ não reconheceu o direito de

8 A pensão por morte é disciplinada nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/1991; nos arts. 105 a 115, do Decreto 3.048/99 e nos arts. 364 a 380 da IN 77/2015.

9 O art. 16, §4º da Lei 9.8213/91, contém a seguinte redação: “A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

pensão por morte de uma companheira do falecido, sob o argumento de que o benefício já fora concedido em favor da “esposa legítima”, não sendo o caso de compartilhamento dos valores. Desse modo, com fundamento no art. 1.521 do Código Civil, o Tribunal ampliou os impedimentos para o casamento às uniões simultâneas. Ainda que o julgado destacado verse sobre um aparente “concubinato” vivido pelo segurado – o que não é objeto central deste estudo –, o STJ manteve firme o posicionamento segundo o qual os impedimentos para casamento do art. 1551 do Código Civil, aplicam-se, analogicamente, à união estável (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Outras decisões do STJ e do STF vão no mesmo sentido, e, em sua maioria, modificaram acórdãos dos Tribunais Regionais Federais (TRF) na apreciação dos Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (RE)¹⁰.

10 Os Tribunais Federais vêm entendendo que quando há relacionamento concomitante, sem ânimo de concubinato, mas sim união estável simultânea, é possível a divisão da pensão por morte, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO QUE MANTINHA CONCOMITANTEMENTE DUAS COMPANHEIRAS, EM UNIÃO ESTÁVEL. DIVISÃO ENTRE ELAS DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. NÃO CABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS.

- A união estável é fato, ao qual a norma atribui consequências jurídicas. Ao contrário do matrimônio, e embora não seja a regra, pode ocorrer mais de uma união estável, com formação de mais de um núcleo familiar, em torno de uma só pessoa, varão ou mulher, embora seja rara esta última hipótese.

- Configurada tal hipótese, comprovada a dupla união estável, caberá dividir a pensão entre as companheiras concorrentes, como ocorre quando ao mesmo benefício concorrem a esposa e a companheira do beneficiário.

(REEX 200751018083229, TRF-2, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Publicação 09/07/2012, Julgamento 27 de Junho de 2012, Relator Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO). Previdenciário. Pensão por morte. Comprovação de união estável. Concubinato. Finalidade do direito previdenciário. Cobertura de risco social. Não indagação de moralidade. Decisão acertada. 1. Restou comprovada a convivência marital entre autora e falecido segurado. 2. Em face do convincente e robusto conjunto probatório reunido nos autos, não se pôde deixar de constatar que a concubina manteve uma relação contínua e duradoura com o de cujus por aproximadamente 18 (dezoito) anos, o qual era casado e convivia também com a esposa. 3. Não está em questão se o concubinato impuro deve receber proteção do Estado, e sim se uma determinada pessoa que viveu em concubinato impuro deve receber pensão por morte deste concubino. Assim, decide-se aqui se uma pessoa, que contribuiu por longo tempo para a Previdência Social e manteve um duplo relacionamento afetivo, se a sua pensão por morte deve, ou não, refletir, de forma direta, esse duplo relacionamento mantido ao longo da vida. 4. A finalidade do direito previdenciário está em cobrir os ditos riscos sociais sem indagar da moralidade neles envolvida, daí, por exemplo, a previsão do auxílio-reclusão. Não há como classificar a situação ora apresentada como não sendo de risco social, daí a necessidade de cobri-lo. 5. Os julgamentos do RE 590.779/ES e do RE 397.762/BA pelo STF, tendo sido

Na maior parte dos casos, o STJ e o STF reiteradamente levam a cabo diferenças entre união estável e concubinato, para negar qualquer incidência das normas de família à segunda, sem que se pronunciem sobre os efeitos jurídicos que devam incidir sobre as relações paralelas.

Nesse passo, a Seguridade Social, encampada como objeto de proteção do Estado, não deve se restringir a uma definição ideal e monogâmica de família, bem como não deve impor projetos de vida dentro de uma moral preestabelecida, mas, ao contrário, deve se ocupar, sobretudo, em assegurar uma vida digna aos segurados e aos seus dependentes econômicos, seja qual for a formatação dada aos novos arranjos.

4.2. O Direito Sucessório e as famílias paralelas

O Código Civil dispõe entre os arts. 1.784 e 2.027 as normas atinentes ao Direito das Sucessões. Numa breve leitura desses dispositivos, vê-se que o legislador contemplou apenas as relações oriundas do casamento e da união estável, deixando de lado e não fornecendo solução jurídica às relações decorrentes de uniões paralelas ao casamento ou à união estável. Assim é que, após a morte de um dos membros da família paralela, o sobrevivente, na maior parte dos casos, é desprezado e colocado à margem do direito sucessório.

feito, como foi, em sede de recurso extraordinário, fora do âmbito, portanto, da repercussão geral, não vinculam as demais instâncias. 6. As razões expostas no presente agravo interno não são suficientes ao juízo positivo de retratação, pois não trouxeram qualquer alegação que pudesse convencer esta Relatora em sentido contrário ao decidido. 7. Agravo interno conhecido e desprovido.

(TRF 2.^a Região, AC e ReEx Nec. 2004.51.10.000395-6, 2.^a T. Especializada, Rel. Des. Liliane Roriz, j. 31/05/2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. FORTES INDÍCIOS DO DIREITO DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE DE RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE DUAS COMPANHEIRAS SEGUNDO PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RESERVA DE COTA-PARTE DA OUTRA INTERESSADA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Considerando que o IPER reservou cota-parte às duas mulheres que pediram pensão por morte alegando serem companheiras do falecido, entendo prudente, considerando a outra interessada ainda não teve oportunidade de apresentar sua defesa no processo principal, o deferimento de pagamento apenas da pensão referente à cota da agravante, continuando reservada a outra parte.

(TJ-RR - AgInst: 0000120010830, Relator: Des. ERICK LINHARES, Data de Publicação: DJe 11/07/2013).

A título de exemplo, os sucessores no direito brasileiro podem ser os testamentários, pessoas indicadas por testamento para receberem os bens do de cujus, e os herdeiros necessários, indicados no art.1.845. Por sua vez, a ordem de preferência entre os herdeiros necessários está elencada no artigo 1.829 do Código Civil. A partir da leitura do referido dispositivo, observa-se evidente omissão legal, na medida em que o legislador se absteve de atribuir legitimidade ao companheiro do *de cujus* com quem manteve relacionamento de modo concomitante.

A legislação, além de não amparar as uniões paralelas, as condena, como se observa no art. 1.801, o qual proíbe a nomeação do concubino como herdeiro ou legatário, com a ressalva de o testador ou o *de cujus* casado estar separado de fato de seu ex- cônjuge há mais de cinco anos.

Dessa forma, destaca-se que a legislação permanece conservadora, de modo que cabe à doutrina propor interpretações mais adequadas à atual realidade, chamando a atenção do legislador para as necessárias reformulações da codificação civil. O mesmo verifica-se em relação à jurisprudência, que avança vagarosamente, como se vê no reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil quando do julgamento do RE 878.694/MG¹¹, ocorrida somente no ano de

11 EMENTA: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

(STF - RE 878694, Relator(a):Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO

ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

2015. Neste caso, a Suprema Corte declarou não subsistir fundamento constitucional apto a diferenciar o cônjuge do companheiro no regime sucessório.

Em relação à possibilidade de participação do integrante sobrevivente da relação paralela na herança do falecido, conforme mencionado, não há resposta no ordenamento brasileiro. Por sua vez, parcela da doutrina e da jurisprudência milita pela impossibilidade da inclusão do companheiro paralelo na herança, ao argumento de que haveria óbice no princípio da monogamia. A relação paralela seria, nessa concepção, apenas uma sociedade de fato, não podendo ser equiparada à união estável e o seu tratamento se daria, portanto, no campo do direito obrigacional e não no direito de família. Nessa linha de pensamento, o companheiro que manteve relação paralela com o *de cuius*, em regra, não teria direito à participação da herança, salvo se comprovasse contribuição direta na construção do patrimônio.

Por sua vez, a parcela da doutrina favorável à atribuição de efeitos jurídicos às uniões simultâneas, inclusive na seara sucessória, entende que tais famílias devem receber a tutela estatal para que façam jus ao direito fundamental à herança, cuja natureza é constitucional, a teor do que dispõe o art. 5º, XXX da Constituição.

Maria Berenice Dias advoga pela tese favorável à divisão equitativa entre o membro sobreviventes da união paralela e o cônjuge ou companheiro da relação oficial, asseverando que, depois de realizada a meação do viúvo da relação principal e a legítima dos herdeiros, deve-se deferir a parcela do companheiro paralelo, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito.

O reconhecimento e a incidência dos efeitos sucessórios às famílias paralelas se pauta na solidariedade, dignidade e afetividade. Para tanto, o *animus* de constituir família é requisito indispensável, o que deve ser levado em conta pelo julgador ao se deparar com os casos levados à sua apreciação.

5. UNIÕES PARALELAS E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nesse tópico será realizada uma breve explanação sobre o fenômeno das famílias paralelas no âmbito dos Tribunais Superiores, notadamente as repercussões jurídicas que advêm dessas relações e a forma pela qual a jurisprudência do STF e a do STJ lidam com o tema. Em face da omissão legislativa que não dispensa qualquer normatização sobre essa realidade, deságuam no Judiciário variadas demandas envolvendo temas relacionados ao direito de pensionamento, o dever de alimentos e os direitos patrimoniais relativos à sucessão.

5.1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Nesse contexto, sobressai a tese firmada pelo STJ segundo a qual não é admissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas¹². Não são poucos os julgados em que a tese supracitada é utilizada como fundamento para negar juridicidade a tais arranjos familiares, suprimindo, por conseguinte, direitos previdenciários, sucessórios e alimentícios. O argumento desenvolvido, em quase todos dos julgados, baseia-se no fato de que a inexistência de separação fática dos cônjuges constituiria óbice ao reconhecimento de outra união estável, e, caso tal situação viesse a ocorrer, estaria configurado o concubinato, o que é vedado pelo ordenamento. Em outras palavras, o não desfazimento do vínculo afetivo/conjugal afasta a caracterização de outra união estável.

Este tema foi objeto do REsp nº 931.155/RS, julgado pela Terceira Turma, em que a parte autora pleiteava o reconhecimento de sua união

12 Na edição n. 50 da Jurisprudência em Teses, o STJ fixou o seguinte: “**4) Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.** Precedentes: AgRg no AREsp 609856/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 19/05/2015; AgRg no AREsp 395983/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 07/11/2014; REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014; REsp 912926/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 07/06/2011; AgRg no Ag 1130816/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 27/08/2010. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 464)”. <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf>. Acesso em 09 de abril de 2020.

estável com o seu falecido companheiro para fins de atribuição de direitos sucessórios. O juízo de primeiro grau determinou o rateio entre as ex-companheiras na proporção de 50% para cada. Interposta apelação, o acórdão deu parcial provimento ao recurso e concedeu 25% do patrimônio do falecido à recorrida, companheira da união paralela, sendo os outros 25% destinado à viúva. Por seu turno, o STJ, em sede de recurso especial, com a relatoria da Ministra Nancy Andrigli, deu provimento ao recurso interposto pela viúva e afastou o reconhecimento da união paralela, sob o fundamento de que o acórdão combatido contrariava a interpretação jurisprudencial em casos semelhantes. Argumentou, com isso, que os fatos apresentados nos autos apresentam contornos de relação concubinária, o que constitui impedimento para o casamento (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2007).

Além deste, inúmeros são os casos em que o STJ rechaçou a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos às uniões paralelas, na maioria das vezes, negando o direito ao pensionamento previdenciário a um(a) dos(das) companheiro(as) do(da) *de cujus*. A título de exemplo, cita-se o REsp nº 912.926/RS de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que apreciou a possibilidade de reconhecimento de união dúplice de um funcionário público falecido em 2000, que, até o momento de sua morte, manteve relacionamento estável com duas mulheres, não tendo estabelecido vínculo de casamento com nenhuma delas.

Em primeiro grau, a sentença julgou improcedentes ambos os pedidos de reconhecimento de união estável formulado nas duas ações declaratórias ajuizadas por cada uma de suas ex-companheiras. Todavia, interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) reformou a decisão, para reconhecer as uniões paralelas e determinou o rateio do pensionamento entre ambas. A primeira companheira do falecido recorreu do acórdão ao STJ, argumentando que o Código Civil não permite a coexistência de uniões estáveis paralelas e que o fato de ter iniciado primeiro o relacionamento com o *de cujus* tornava somente a sua relação legítima. Abaixo alguns trechos transcritos do voto do relator que merecem destaque:

Nada obstante, é de se ressaltar que a Constituição Federal adotou uma pluralidade apenas qualitativa no que con-

cerne às diversas formas de família, mas não quantitativa, como pretende demonstrar parte da doutrina e jurisprudência, e, nesse sentido, conferiu ao legislador ordinário o mister de dar densidade normativa aos conceitos e valores em si fugidios, como é o caso do instituto da “união estável”. [...] Extrai-se, destarte, do sistema criado pelo legislador, que, em se tratando de união estável, a exclusividade de relacionamento sólido é condição de existência desse vínculo - juridicamente e não faticamente -, sem a qual não se haverá falar nesse instituto nobre, conformador mesmo da liberdade e da dignidade da pessoa humana. [...] Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2007).

Assim, com tais fundamentos, foi dado provimento ao recurso e reestabelecida integralmente a sentença, mantendo a pensão somente para a recorrente, que alegou ter estabelecido primeiramente o vínculo com o falecido.

5.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O STF, órgão de cúpula do Judiciário, cuja função precípua é a de guarda da Constituição Federal, nos termos de seu art. 102, *caput*, em julgados cuja similitude fática se aproximavam dos casos acima relatados, tiveram conclusões que não se distanciaram substancialmente do entendimento já consolidado no âmbito do STJ.

Nesse sentido, cita-se o julgamento ocorrido em 2008 nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n° 397.762, originário do estado da Bahia e da relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso, foi dado provimento ao recurso extraordinário, sendo determinada a concessão da pensão por morte apenas para a esposa do falecido, negando, por conseguinte, tal direito à outra companheira com quem manteve convivência por 37 anos e teve 9 filhos. De forma semelhante ao que decidiu o tribunal gaúcho em julgado mencionado no tópico anterior, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA) também determinou o rateio do pensioamento entre as mulheres.

A reforma do acórdão pelo STF ocorreu sob o fundamento de violação do art. 226, §3º da Constituição Federal, tendo sido destacado que a união estabelecida entre o *de cujus* e a companheira paralela não poderia ser considerada merecedora de proteção do Estado na medida em que, se assim o fosse, estar-se-ia contrariando o direito posto, não devendo alcançar efeitos jurídicos.

Merece destaque, por seu turno, o voto do ministro Carlos Ayres Britto, único a divergir do voto da relatoria, o qual assinalou que a Constituição ao proteger a família, a maternidade, a infância, em diversos artigos, não faz distinção quanto aos casais formais e aos casais impedidos de contrair matrimônio:

[...] À luz do Direito Constitucional brasileiro, o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2008).

Dessa forma, em louvável e minoritário entendimento, o Ministro votou no mesmo sentido do TJBA, por entender que ambas as mulheres tiveram a mesma perda e estariam sofrendo as mesmas consequências sentimentais e financeiras.

5.3. O Recurso Especial nº 1.185.337/RS

Convém destacar ainda o julgamento paradigmático ocorrido em 2015 no qual o STJ declarou devida a prestação de alimentos à ex-companheira do réu, com quem manteve, apesar de casado, relação paralela ao longo de 40 anos. A fundamentação do acórdão baseou-se no fato de que tal caso apresentava peculiaridades que o tornava excepcionalíssimo e, portanto, não seria possível aplicar a letra fria da lei, ante a incidência simultânea do princípio da preservação da família, da dignidade e da solidariedade humana.

Ficou demonstrado, neste caso, que o réu proveu o sustento de sua

ex-companheira durante todo tempo em que perdurou a relação, tornando-a sua dependente financeira; além disso, foi ressaltado que ela abandonou sua atividade laborativa em meados de 1961 para dedicar-se ao seu ex-companheiro e que contava à época do julgamento com 70 anos. A conclusão, pois, foi a de que não seria razoável que a autora ficasse desamparada financeiramente, uma vez que teria sido ele quem deu ensino a essa situação, de modo que não poderia beneficiar-se de seus próprios atos.

No referido julgado, os Ministros, atentando-se para as particularidades do caso concreto, estabeleceu o dever de prestar alimentos. Todavia, conforme já assinalado, tal entendimento é contramajoritário, ante a tese prevalecente de que o princípio monogâmico obsta a possibilidade de concessão de qualquer direito aos parceiros estabelecidos de forma simultânea ou paralela.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar a imprescindibilidade do Direito brasileiro em abandonar a postura omissa e inerte com que vem tratando as relações familiares não constituídas sob o preceito monogâmico. Os eventos da história e a pujança da realidade não podem ser silenciados em favor da manutenção de uma moral conservadora, que se nega a aceitar outras formas de convívio, notadamente porque a Constituição de 1988 deu elasticidade ao conceito de família, que passou a adquirir uma função instrumental, menos sujeita à regra e mais ao desejo (PERROT, 1993).

Ressalte-se que a afetividade é a pedra angular no Direito de Família contemporâneo, de modo que todas as relações familiares devem ser interpretadas à luz deste princípio, sob pena de violação das normas constitucionais que consagram a família democrática e constituionalizada, como a dignidade humana e a solidariedade familiar.

Verificou-se que a mencionada omissão legislativa em variados segmentos do direito, como no sucessório, nos alimentos do direito de família e no previdenciário, revela a importância da adequação da jurisprudência a essa realidade. É que, a despeito da vedação de decisão *contra legem*, a tarefa precípua dos Tribunais é a de interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição de 1988, e não

o contrário, como se deu em grande parte dos julgados referenciados.

Um país constituído sob o signo da laicidade e cuja Carta Magna, em seu art. 3º, inciso IV estabelece que a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação são objetivos fundamentais da República, não pode ser palco de defesa de teses unicamente morais ou religiosas. Isso porque o conceito de moral é amplo, mutável e plurifacetado. Ademais, usar o direito como instrumento para a defesa da moralidade já foi causa de inúmeras injustiças – a exemplo das uniões homoafetivas e das uniões estáveis, que, até recentemente, estavam à margem do ordenamento jurídico.

Neste cenário, não há outra conclusão senão a de que há muito o que se fazer, principalmente do ponto de vista legislativo. No que se refere ao escopo deste trabalho, isto é, o direito sucessório e o previdenciário, a urgência é ainda maior, porquanto suas matérias vão além da tutela dos direitos patrimoniais e alcançam, em última análise, a proteção dos direitos existenciais.

Por fim, conquanto o Direito Civil caminha a passos lentos, muito embora a constitucionalização do direito privado tenha contribuído para mudanças nesse sentido, os Tribunais Superiores devem pronunciar-se acerca das seguintes hipóteses: o INSS está ou não obrigado a ratear a pensão deixada por segurado falecido que estabeleceu mais de uma relação durante a vida? Por sua vez, no campo sucessório, o companheiro simultâneo deve figurar como herdeiro legítimo do falecido com quem teve relações permanentes e públicas?

A nosso ver, a opção mais condizente com as mudanças operadas nos últimos anos no Direito de Família, notadamente em razão da constitucionalização de seus institutos, é aquela que contempla a pluralidade familiar e a autonomia privada, de modo que o Direito deve a ela se adequar, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020A.

BRASIL. Congresso. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 15 fev. 2020.

BRASIL. Congresso. *Lei 8.213 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos da Previdência e dá outras providências. Disponível em: < [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1418167/CE*. Recorrente: Gheislaine Soares Parente. Recorrido: Maria Luciene Vieira Dantas. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2013. Diário de Justiça, Brasília-DF, 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1418167.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 de jun. de 2020.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.>. Acesso em 15 fev. 2020.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses - nº 50/ n. 4*. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2050%20-%20Uni%E3o%20Est%E1vel.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 912.926/RS*. Recorrente: V L DA C. Recorrido: M DE O B., 3.^a T., Rel. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602738436&dt_publicacao=07/06/2011> Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 931.155/RS*. Recorrente: A D DE O. Recorrido: N DA S C., 3.^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 7 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700467356&dt_publicacao=20/08/2007>. Acesso em 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.185.337/RS*. Recorrente: C P W. Recorrido: S M., 3.^a T., Rel. Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45699374&num_registro=201000481513&data=20150331&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 abr. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 397.762/BA*. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz., Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2008. Diário de Justiça, Brasília-DF: 12 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2150768>>. Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878.694/MG*. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrida: Rubens Coimbra Pereira e outros. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de abril de 2015. Diário de Justiça, Brasília-DF: 10 de abril de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2020.

CARNACCHIONI, Daniel. *Manual de Direito Civil: volume único*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

COELHO, Natália. *A possibilidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina*. Disponível em: <https://nathaliascoelho.jusbrasil.com.br/artigos/360590051/a-possibilidade-do-rateio-da-pensao-por-morte-entre-a-viuva-e-a-concubina>. Acesso em: 18 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRAEFF, Fernando René. *União Paralelas e Direito das Sucessões*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS-nº 30, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A Família Democrática*. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2005, Belo Horizonte: Thomson IOB, 2005. Disponível em: <http://www.ibd-fam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Veja 25: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993.

REIS, Daniella Gonçalves dos. *O Direito Sucessório nas famílias paralelas*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em

Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.
TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. In: Temas de Direito Civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A NATUREZA JURÍDICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

THE LEGAL NATURE OF THE
PROCEDURAL LEGAL BUSINESS

Pedro Henrique Cruz Nogueira¹

Resumo: O atual Código de Processo Civil, buscando a efetividade e celeridade da tutela jurisdicional, trouxe diversas inovações no sistema processual brasileiro, dentre elas a possibilidade de as partes realizarem negócios jurídicos que estipulem mudanças no procedimento. Com isso, ampliou-se significativamente a participação da vontade das partes durante o procedimento judicial, reforçando o sistema cooperativo intencionado pelo legislador. Para adequada compreensão do negócio jurídico processual, objeto de estudo do presente trabalho, mostra-se relevante o exame de sua natureza jurídica, de forma a fixar conceitos indispensáveis para se exprimir a essência do instituto jurídico em questão. Trata-se do objetivo deste artigo. A pesquisa realizada se refere a um estudo descritivo de caráter dogmático-jurídico, por meio da análise da legislação correlata e da revisão bibliográfica de juristas que exploram com profundidade a temática da negociação processual. Através dela constatou-se tratar-se o negócio jurídico processual de fato jurídico voluntário cujo suporte fático proporciona ao sujeito processual a faculdade de modificar o procedimento judicial e regular determinadas situações jurídicas.

Palavras-chave: Processo civil. Negócio jurídico. Flexibilização procedimental. Negócio processual. Natureza jurídica.

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-Graduando (lato-sensu) em Direito Público pela Faculdade Unyleya.

Abstract: The current Code of Civil Procedure, seeking the effectiveness and speed of judicial protection, brought several innovations to the Brazilian procedural system, including the possibility for the procedural parties to conduct legal business that stipulate changes in the procedure. This significantly increased the action of the parties' will during court proceedings, reinforcing the cooperative system intended by the legislator. For a proper comprehension of the procedural business, object of study of this paper, it is relevant the inspection of its legal nature, in order to settle essential concepts to state the essence of this legal institute. This is the purpose of this paper. The research carried out is a descriptive study with dogmatic-juridical character, through the analysis of the related legislation and the bibliographic review of jurists who deeply explore the subject of procedural negotiation. Through it, it was found that the procedural legal business is a voluntary legal fact whose factual support provides the procedural subject with the ability to modify the judicial procedure and regulate certain legal situations.

Keywords: Civil Procedure. Legal business. Procedural flexibility. Procedural business. Legal nature.

Submissão: 25/03/2020

Aceite: 27/06/2020

INTRODUÇÃO

No dia 18 de março de 2016 entrou em vigência o atual Código de Processo Civil, publicado um ano antes, trazendo consigo significativas inovações ao sistema processual civil brasileiro. O novo diploma teve foco na solução de adversidades que causavam a famigerada morosidade na prestação jurisdicional, como a existência de inúmeros processos pendentes de julgamento, sobrecarregando o sistema judicial, bem como a falta de aparelhamento estatal e a complexidade do sistema recursal existente na lei processual anterior, fruto de diversas emendas que retiraram a coesão interna do procedimento judicial.

Buscando construir um código processual coerente e harmônico *interna corporis*, que atendesse aos princípios constitucionais do processo e oferecesse aos litigantes um procedimento mais célere, justo e efetivo, o legislador deu mais ênfase ao aspecto funcional do diploma do que à sua estética e técnica. Dessa forma, buscou-se tornar o processo menos complexo e mais próximo das necessidades sociais (COMISSÃO DE JURISTAS, 2015, p. 25).

Para isso, foi de extrema relevância a criação de mecanismo que garantissem a efetividade da tutela estatal perante direitos ameaçados ou violados, dada as garantias estabelecidas no texto constitucional, de forma que as normas de direito material tenham asseguradas sua realização no mundo empírico, por meio do processo (COMISSÃO DE JURISTAS, 2015, p. 25).

Um mecanismo procedimental relevante para a efetiva prestação jurisdicional foi o estímulo à autocomposição, ou seja, a solução consensual do conflito pelas partes envolvidos no litígio, que ganhou protagonismo no novo CPC diante a possibilidade de proporcionar um processo mais célere e prático do que o procedimento judicial tradicional. Assim, em diversas partes do texto legal o legislador reforça o incentivo à autocomposição, de forma que dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175);

- a) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação

judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art.190). A Lei n.13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição envolvendo o Poder Público (arts. 32-40).

(DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 187)

A partir disso, o diploma processual de 2015 adotou o modelo cooperativo de processo, enfatizando o princípio da cooperação e do respeito ao autorregramento da vontade das partes, de forma que o art. 6º do CPC estabeleceu, logo no início do texto legal, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Um dos instrumentos criados pelo CPC para favorecer a autocomposição e possibilitar a maior atuação das partes no processo judicial foi a possibilidade de celebração de negócios jurídicos que versem sobre o procedimento não previstos expressamente no texto legal, denominados de negócios processuais. Essa forma negocial busca democratizar o processo, dando às partes maior espaço de participação no procedimento e possibilitando que este possa atender melhor às peculiaridades da situação concreta (NOGUEIRA, 2016, p. 225-226).

Conforme ressalta o professor Pedro Nogueira:

De todo modo, a feição democrática do Estado brasileiro, em estágio de consolidação desde a Constituição de 1988, criou uma ambiência favorável à ampliação das modalidades de estruturação do processo mediante participação das partes - os verdadeiros titulares dos interesses postos em disputa por meio do processo. A garantia constitucional do livre acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), reafirmada no art. 3º do CPC/2015 vem descortinar um ambiente bem propício ao uso das técnicas integradas, utilizadas como vias plúrimas e adequadas, para resolução dos conflitos.

(NOGUEIRA, 2016, p. 225)

Além de positivar diversas modalidades típicas de negócio processual (NOGUEIRA, 2016, p. 226), o CPC, através da criação de uma cláusula geral de negociação processual, prevista em seu art. 190, inovou no ordenamento jurídico a oferecer ampla liberdade para que as partes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Observa-se que tal inovação representou grande mudança no sistema processual brasileiro, tendo em vista o viés publicista que o marcou durante todo o século XX e início do século XXI, que entendia o processo como uma atividade eminentemente pública, cabendo apenas ao Estado ditar regras de procedimento (BARREIROS, 2016, p. 96-97). Vigia o “dogma da irrelevância da vontade no processo, segundo o qual a vontade das partes não teria importância para a produção de efeitos pelo ato processual” (BARREIROS, 2016, p. 95-96). Dessarte, a doutrina processualista brasileira por muitas décadas restou praticamente silente sobre os negócios processuais (CABRAL, 2018, p. 141), posicionando-se os poucos juristas que a ele fizeram menção contrariamente à possibilidade de celebração de negócios atípicos, tal qual Cassio Scarpinella Bueno.

Somente no final da década passada é que se intensificaram as discussões em torno da negociação processual, em especial na Universidade Federal da Bahia, com nomes como Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, os quais, buscando superar a barreira entre processo e autonomia da vontade, realizaram profundas análises jurídicas sobre os negócios processuais, apresentando-os como meio eficaz para a adequada prestação jurisdicional.

Tais debates influenciaram as discussões acerca da criação de um novo diploma processual, de forma que, em 2012 a comissão especial do Senado Federal destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei que viria a se tornar o atual Código de Processo Civil reconheceu a importância da participação da vontade das partes no procedimento judicial, regulando a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais, de forma a favorecer a cidadania processual e o processo colaborativo (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2012, p. 29). Conforme destacou o parecer da comissão,

[se] a solução consensual do litígio é benéfica porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso.

(BRASIL, SENADO FEDERAL, 2012, p. 29-30).

Com a criação da cláusula geral de negociação processual, muito se discutiu na doutrina acerca de quais figuras negociais seriam admitidas no ordenamento jurídico, ante os pressupostos estabelecidos no texto legal, bem como qual seriam seus limites. Para essa análise, revela-se essencial compreendê-las segundo sua natureza jurídica e o papel que desempenham no ordenamento jurídico, em especial dentro do sistema processual civil. Esse será o objetivo do presente artigo.

O primeiro passo será a exposição da teoria dos fatos jurídicos, criada por Pontes de Miranda e difundida por Marcos Bernardes de Mello, de forma a estabelecer premissas fundamentais para a identificação da natureza jurídica dos negócios processuais. A partir dessa teoria, serão apresentadas diversas classificações dos atos jurídicos propostas por juristas nacionais e estrangeiros. Estabelecidos os pilares para a compreensão dos fatos jurídicos, poderão ser analisados segundo a óptica do direito processual, a partir da teoria dos fatos jurídicos processuais, que transporta os preceitos da teoria de Pontes de Miranda para a senda processual.

1. TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS

De início, existe na doutrina debate acerca da natureza jurídica dos negócios processuais, se material ou processual. Há autores, como Josef Kohler, que defendiam a natureza material dos negócios processuais, ainda que tivessem efeitos atuais ou potenciais sobre um processo (CABRAL, 2018, p. 102). Há, por outro lado, a corrente que aponta serem convenções de natureza processual somente os acordos dispositivos, tendo os acordos obrigacionais natureza material (CABRAL,

2018, p. 102). Existem também doutrinadores que assinalam a natureza híbrida dos negócios processuais, especialmente em acordos que abrangem disposições de direito material e cláusulas sobre matéria processual (CABRAL, 2018, p. 103).

A despeito desse debate doutrinário, não se mostra relevante para os fins deste estudo maior aprofundamento acerca da natureza material ou processual do negócio jurídico processual, especialmente dada a pouca importância prática dessa controvérsia, uma vez ser a separação entre direito material e processo apenas relativa (CABRAL, 2018, p. 106). Conforme ressalta Cabral (2018, p. 106), “[o] regime das invalidades no Brasil é prova de que requisitos formais previstos em normais materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados harmonicamente”.

Superada essa questão, cabe a análise da natureza jurídica do instituto do negócio processual segundo o sistema em que está inserido, observando-se, para tanto, suas premissas e preceitos dentro do direito processual civil e, de maneira mais ampla, sua função no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Almeida (2011, p. 198), a função da jurisdição em um Estado Democrático de Direito é a concretização dos direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas em um processo. De forma a conferir maior efetividade ao direito material discutido no curso do processo, o atual diploma processual adotou a teoria dos negócios jurídicos processuais, que conferiu à prestação jurisdicional certa flexibilização procedimental (THEODORO JÚNIOR, 2018, n.p.).

Tal teoria se baseia no instituto do negócio jurídico, que está dentro do campo da autonomia da vontade, constituindo uma manifestação da vontade humana que produz efeitos jurídicos a regerem determinada situação jurídica (FERRAZ, 2018, p. 179). Trata-se, pois, de um ato jurídico em sentido amplo, observando-se a classificação conforme a natureza dos fatos², tendo em vista consistir em ações humanas de efeitos jurídicos voluntários (MELLO, 2017, p. 174).

Já o negócio processual, cuja norma jurídica tem como fonte o negócio jurídico, se refere, na definição de Didier Júnior (2017, p. 425),

2 Orlando Gomes (1971, p. 226-227), estabelece uma classificação dos fatos jurídicos segundo sua natureza, observando os dados fácticos presentes na sua configuração. Assim, os divide em duas categorias: (a) acontecimentos naturais e (b) ações humanas.

ao “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.

Trata-se de conceito baseado na teoria do fato jurídico, desenvolvida no Brasil por Pontes de Miranda e difundida por Marcos Bernardes de Mello. Assim, se revela imprescindível sua compreensão para o estudo do instituto jurídico do negócio processual.

A concepção de “fato jurídico” foi trazida inicialmente por Savigny (1878, p. 142), que o relacionou aos acontecimentos pelos quais as relações de direito nascem e terminam. Tal conceito foi criticado à época pela doutrina por deixar de observar as transformações por que passam as relações jurídicas e os efeitos delas decorrentes, se limitando a examinar sua formação e extinção (MELLO, 2017, p. 171).

Buscando identificar e definir os elementos essenciais da estrutura do fato jurídico, outras definições, denominadas funcionais, foram apresentadas por juristas de forma a retificar o conceito trazido por Savigny, tendo em conta a função do fato jurídico e os efeitos decorrentes das relações jurídicas (MELLO, 2017, p. 171-173). Criou-se, assim, a concepção tradicional dos fatos jurídicos, segundo a qual, na definição de Passarelli (1967, p. 79), seriam eles “os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica”.

No direito brasileiro, destaca-se a concepção de Pontes de Miranda, que constituiu teoria própria sobre o fato jurídico, na qual:

Fato jurídico é [...] o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

(MIRANDA, 1954, §6)

Observou o jurista a existência de fatos naturais ou socioculturais aos quais as normas positivas de direito atribuem efeitos jurídicos. Denominou esse conjunto de fatos de suporte fático de uma norma

(NEVES, 1984, p. 273-274). Uma vez concretizados os fatos previstos abstratamente na regra jurídica, ou seja, o suporte fático, verifica-se o fenômeno da incidência da norma jurídica, que faz surgir o fato jurídico (NEVES, 1984, p. 271). Assim, o fato jurídico, segundo a visão de Pontes de Miranda, “é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (MIRANDA, 1954, §7).

1.1. Classificação dos fatos jurídicos

A partir da teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda, é possível cindir as ocorrências do mundo real que interessam ao direito, ou seja, aqueles em que se verifica a incidência da norma jurídica (fatos jurídicos em sentido amplo) daquelas que não possuem relevância ao mundo jurídico (fatos não jurídicos).

Uma vez constatada no fato jurídico a participação da vontade humana, configura-se o ato jurídico, que se distingue do fato natural ou fato jurídico em sentido estrito pela presença do elemento volitivo. Assim, os atos jurídicos consistem em manifestação da vontade humana, tratando-se, pois, de fatos voluntários (AMARAL, 2014, p. 406).

Estes se subdividem em atos lícitos e ilícitos. Há doutrinadores, como Flávio

Tartuce (TARTUCE, 2017, n.p.), que não consideram o ato ilícito como jurídico, dado sua antijuridicidade, ou seja, por irem de encontro ao direito. Para essa corrente, o fato jurídico em que há o elemento volitivo, independentemente de sua licitude ou não, é denominado fato jurígeno.

Quando há em um ato jurídico lícito a composição de interesses das partes com uma finalidade específica, surge o negócio jurídico. Esse ato contém, portanto, uma determinada intenção de seus agentes, sendo a declaração da vontade humana destinada a produzir determinados efeitos jurídicos permitidos em lei (AMARAL, 2014, p. 407). Dessa forma, no negócio jurídico “atribui-se à vontade o poder de estabelecer os efeitos jurídicos que regerão determinada situação jurídica” (FERRAZ, 2018, p. 179).

Como espécie de ato jurídico lícito, existe também o ato jurídico em sentido estrito, no qual, diferentemente do negócio jurídico, o efei-

to da manifestação da vontade está previsto em lei. Nesse caso, a ação humana não demanda a vontade qualificada das partes para a produção de um resultado jurídico, mas se baseia em uma simples intenção (GONÇALVES, 2018, p. 330-331). Assim, no ato jurídico em sentido estrito, a eficácia decorre da própria lei, enquanto no negócio jurídico decorre da vontade dos agentes (AMARAL, 2014, p. 407).

Sobre a diferença entre o negócio jurídico e o ato jurídico em sentido estrito, ressalta Ferraz:

[A liberdade verificada nos negócios jurídicos] não existe nos atos jurídicos em sentido estrito. Nesses não é possível ao sujeito de direitos estabelecer “termos e condições, modos ou encargos, pois se trata de liberdade presente apenas no negócio jurídico”. No ato jurídico em sentido estrito, a manifestação da vontade, atua como um catalisador a produzir os efeitos preestabelecidos em lei, e estes não podem ser evitados, são necessários (FERRAZ, 2018, p. 180).

Há ainda dentro do gênero ato jurídico lícito o ato-fato jurídico, que se trata de um “fato jurídico qualificado por uma vontade não relevante juridicamente em um primeiro momento, mas que se revela relevante por seus efeitos” (TARTUCE, 2017, n.p.). Nessa espécie de ato, o efeito não é buscado nem imaginado pelo agente, mas decorre apenas de uma conduta humana prevista em lei. Deixa-se, assim, de considerar a vontade do agente em praticá-lo, dando-se relevância apenas a suas consequências (GONÇALVES, 2018, p. 356).

1.2. Tripartição dos planos do fato jurídico: existência, validade e eficácia

A conceituação e classificação dos fatos jurídicos não é suficiente para a compreensão do instituto, dada a importância da análise de seus elementos estruturais a partir da teoria criada por Pontes de Miranda, denominada de “escada ponteana” (TARTUCE, 2017, n.p.), difundida e explorada por Marcos Bernardes de Mello, que dedicou um volume para cada um dos planos propostos por Pontes de Miranda.

Segundo essa teoria, o “mundo jurídico [é] dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações” (MELLO, 2017, p. 160).

O plano da existência revela-se quando a parte relevante do suporte fático, ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, é transportado para o mundo jurídico, adentrando no plano do ser, que engloba todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos (MELLO, 2017, p. 161).

Já o plano da validade se verifica quando o direito realiza a triagem dos atos jurídicos em sentido estrito e dos negócios jurídicos (em que a vontade humana constitui elemento essencial do suporte fático) e constata os atos que são perfeitos, ou seja, não possuem vícios, e os que estão eivados de defeito invalidante. Observa-se que os fatos jurídicos em sentido estrito e os ato-fatos jurídicos não estão sujeitos ao plano de validade, uma vez que a vontade não aparece como dado do suporte fático (MELLO, 2017, p. 162).

O plano da eficácia, por fim, pressupondo a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, “é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos[,] deveres, pretensões[,] obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo” (MELLO, 2017, p. 163). Importante ressaltar que o fato jurídico, para ser eficaz, não precisa necessariamente passar pelo plano da validade, como no caso dos fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos ilícitos *lato sensu*, que bastam que existam para ingressar no plano da eficácia (MELLO, 2017, p. 163).

2. FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Com base na teoria do fato jurídico, é possível erigir uma teoria sobre os fatos jurídicos processuais, trazendo elementos da Teoria Geral do Direito para a Teoria Geral do Processo (NOGUEIRA, 2011, p. 27).

A doutrina, em grande parte, verifica ser o fato jurídico processual um ato jurídico (NOGUEIRA, 2011, p. 31), nos moldes da teoria de Pontes de Miranda, tendo em vista tratar-se de um conjunto de fatos com

relevância jurídica em que há a participação da vontade humana. Não há consenso doutrinário, entretanto, quanto aos elementos que caracterizariam um ato jurídico como processual (NOGUEIRA, 2011, p. 31), não existindo, portanto, conceito uníssono de ato jurídico processual.

Os professores Fredie Didier Júnior (2017, p. 420-421) e Pedro Nogueira (2011, p. 31-38) apresentam as principais correntes doutrinárias sobre o tema. A corrente de Chiovenda aponta que o ato processual deve considerar apenas os sujeitos processuais e os efeitos do ato sobre a relação jurídica processual. Já Liebman, sem desconsiderar os estudos de Chiovenda sobre os efeitos do ato processual, dá relevância ao sujeito e à sede, ou seja, a localização do ato praticado. Assim, segundo essa corrente, seria ato processual o ato do procedimento praticado por quem integra a relação processual (NOGUEIRA, 2011, p. 33).

Há ainda as correntes de Salvatore Satta, que impõe a exigência de o ato ter sido praticado no processo para ser considerado processual, atribuindo relevância à sede do ato (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 421), e de Calmon de Passos, que definiu o ato processual como “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado” (NOGUEIRA, 2011, p. 35). Pedro Nogueira destaca também a concepção “procedimental” do ato processual de Paula Costa e Silva, segundo a qual:

o ato processual [. . .] seria todo o ato integrante da sequência destinada à prolação de uma decisão capaz de encerrar o litígio. Os atos processuais, em última análise, se confundiriam com o próprio processo, enquadrado na categoria do ato-procedimento. [. . .] Segundo essa vertente doutrinária, “processuais” seriam aqueles atos (ou fatos em sentido amplo) integrantes da cadeia que forma o procedimento. (NOGUEIRA, 2011, p. 36).

O Código de Processo Civil, no *caput* do seu artigo 200, reproduzindo o artigo 158 do diploma processual de 1973, traz definição acerca dos atos processuais produzidos pelas partes, dispondo que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de von-

tade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais” (BRASIL, 2015).

Conforme ressalta Nogueira (2011, p. 40), trata-se de conceito baseado na definição de ato jurídico apresentada no artigo 81 do Código Civil de 1916, segundo o qual “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico” (BRASIL, 1916). Observa-se a influência da concepção tradicional de fato jurídico, segundo a qual, na definição de Passarelli (1967, p. 79), os fatos jurídicos são aqueles que constituem, modificam ou extinguem uma relação jurídica.

Tal concepção foi criticado por Marcos Mello (2017, p. 172-173) por condicionar a existência do ato jurídico às consequências jurídicas por ele ocasionadas. Para o autor,

a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, tanto assim que há fatos jurídicos que existem, validamente, e deixam de existir sem haver produzido seus efeitos jurídicos específicos, como acontece com o testamento revogado pelo testador, e. g.
[. . .] sendo a eficácia resultado do fato jurídico, não é conveniente definir a causa pela consequência, porque quando tivermos de definir a consequência teremos de nos reportar à causa e, assim, estará estabelecido um ciclo vicioso. (MELLO, 2017, p. 172-173).

Consoante a definição legislativa de ato processual, que, a fim de caracterizá-lo, considera os efeitos jurídicos dos atos realizados pelas partes, parcela da doutrina se posicionou contrária à existência de negócios jurídicos processuais, apontando se tratarem de negócios jurídicos materiais com consequências processuais (TALAMINI, 2015, p. 1). Dessa forma, “a vontade do sujeito seria relevante para a definição de conteúdo e efeitos materiais; o efeito processual seria prefixado em lei” (TALAMINI, 2015, p. 1).

Corroborando com essa visão, está Cândido Dinamarco, que, sob a égide do diploma processual civil de 1973, sustentou não ser ato processual o negócio jurídico processual, tendo em vista suas consequências partirem da vontade das partes, e não da determinação legal, que,

na visão do autor, não confere “qualquer margem de intervenção às partes” (DINAMARCO, 2009, p. 484).

Superada essa concepção pela parte majoritária da doutrina, que passou a conceber a possibilidade de manifestações de vontade produzirem efeitos processuais específicos (TALAMINI, 2015, p. 1), o atual CPC, adotou a teoria dos negócios jurídicos processuais. Assim, possibilitou às partes a prerrogativa de estabelecerem mudanças no procedimento, conferindo a elas a “faculdade de disciplinarem, por meio de convenção, de maneira ampla, o próprio processo” (NOGUEIRA, 2016, p. 227). É o que se depreende da leitura do *caput* de seu artigo 190:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015).

Observa-se, ainda, o enunciado do parágrafo único do mencionado artigo³, que destaca o dever do magistrado de controlar a validade dos acordos processuais, tendo a obrigação de decretar a nulidade do ato quando estiver em desacordo com a lei e a boa-fé processual, incidir sobre seus próprios poderes ou quando constatar a falta de simetria entre as partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 317). Confere-se, assim, importância ao trabalho de controle do juiz sobre os atos das partes, o que, na definição legal de ato processual prevista no artigo 200 do CPC, resta omissis, revelando mais um aspecto de sua insuficiência.

Concebendo a existência de negócios processuais atípicos, ou seja, que não estão expressamente previstos na lei, o CPC revela subsistir no ordenamento jurídico atos que, embora não componham o procedimento, produzem efeitos processuais. Assim, insuficiente se mostra a visão procedimental do ato processual, eis que o negócio processual al-

3 “Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, 2015).

tera o procedimento, não sendo, portanto, um ato que o integra. Tampouco se mostra suficiente a definição de Salvatore Satta, uma vez não se mostrar a sede do ato fator determinante para a caracterização de um ato processual, haja vista o CPC prever a existência de atos fora do processo.

Fredie Didier, constatando os atos não pertencentes à cadeia procedimental, mas que produzem efeitos no processo, separou os atos do processo dos atos processuais. Os primeiros seriam os atos atinentes à sequência do procedimento, ou seja, na visão procedimental de Paula Costa e Silva, supra apresentada, seriam os atos processuais propriamente ditos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 421). Já os segundos abrangem também os atos que interferem no desenvolvimento da relação jurídica processual, sem necessariamente fazerem parte do procedimento (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 421).

Para o jurista,

[o] fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro. Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento), mas há fatos jurídicos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados ou se refiram a procedimento futuro. (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 422).

Dessa forma, o ato processual seria “todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 422). Trata-se da concepção do ato jurídico processual, que, dentre as apresentadas, melhor se adequa à flexibilização procedimental estabelecida com o advento do novo CPC, mostrando-se imprescindível para a classificação dos negócios jurídicos processuais dentro da teoria dos fatos jurídicos.

2.1. Classificação dos fatos jurídicos processuais sob a óptica da teoria dos fatos jurídicos - a visão de Fredie Didier Júnior

Fredie Didier, observando o suporte fático dos fatos jurídicos processuais, os subdivide em humanos e não humanos, voluntários e não voluntários, lícitos e ilícitos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 419). Ao distinguir os atos processuais dos atos do processo, pela constatação da existência de atos fora do procedimento que interferem na relação jurídica processual, o jurista aponta para os fatos jurídicos em sentido amplo, que abrange os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 421).

Dentro da categoria dos fatos jurídicos processuais em sentido amplo, o autor apresenta as seguintes espécies: fatos jurídico processuais em sentido estrito, atos jurídicos processuais em sentido estrito, atos-fatos processuais e negócios jurídicos processuais (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 423-424). Já os fatos processuais ilícitos se dividem em indenizativos, caducificantes, invalidantes e autorizantes (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 446).

Os fatos jurídicos processuais em sentido estrito se relacionam aos fatos jurídicos não humanos, a exemplo da força maior, morte, parentesco e calamidade pública (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 423). Já os atos jurídicos processuais em sentido estrito referem-se a “condutas voluntárias e preordenadas a um fim, mas que não teriam como interferir sobre seu conteúdo, delinheá-lo, no exercício da autonomia da vontade” (TALAMINI, 2015, p. 1). Quanto aos atos-fatos processuais, Paula Sarno Braga (2007, p. 310) os define como “o ato humano ‘avolitivo’ – ou seja, pouco importa se voluntário ou não – que resulta em fato que, colorido por prescrições normativas processuais, pode provocar mudanças no processo”.

Existem, por fim, os negócios processuais, em que se destaca o elemento volitivo na atuação das partes envolvidas no processo, possibilitando ao “sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 425).

Com relação aos fatos jurídicos processuais ilícitos, não se realizará maior exploração do assunto, tendo em vista não estarem diretamente relacionados ao objeto de estudo deste trabalho, qual sejam os negócios jurídicos processuais.

Observa-se a proximidade da classificação os fatos jurídicos processuais acima apresentada com a aquela proposta por Pontes de Mi-

randa na seara da teoria geral do direito⁴, que divide os fatos jurídicos em fato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico e ato jurídico em sentido amplo, este, por sua vez, separado em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico (LÔBO, 2017, p. 244). Trata-se, assim, de uma transposição das categorias estabelecidas por Pontes de Miranda na teoria dos fatos jurídicos para o campo da teoria geral do processo. Importante ressaltar que, “[n]essa transposição, é mister [...] a previsão em norma de natureza processual e [provocação de] mudanças no processo, não necessariamente ocorrendo durante ou no processo” (CAMPOS, 2016, p. 6).

2.2. Outras classificações dos fatos jurídicos processuais

Outros juristas apresentaram propostas de classificação dos fatos jurídicos processuais, oferecendo critérios classificatórios distintos daqueles utilizados por Pontes de Miranda em sua teoria dos fatos jurídicos e transpostos à teoria geral do processo por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

O critério tradicional de classificação, denominado por Pedro Nogueira (2011, p. 7779) de proposta subjetiva, foi desenvolvido por Chiovenda e ampliado por Liebman. Tendo como referência apenas os atos praticados pelos sujeitos processuais e seus efeitos sobre a relação jurídica processual, esse critério subdividiu os atos jurídicos processuais em atos das partes, atos dos órgãos jurisdicionais (juiz e demais órgãos de auxílio, como oficiais de justiça e escrivães) e atos dos auxiliares do juízo, como peritos e depositários⁵ (NOGUEIRA, 2011, p. 78).

Tendo em vista os juristas adeptos a essa concepção desconsideraram atos praticados por sujeitos fora da relação processual, tal classificação tinha a pretensão de ser exaustiva do ponto de vista subjetivo (NOGUEIRA, 2011, p. 78).

Conforme ressalta Pedro Nogueira (2011, p. 79), a “classificação subjetiva é útil, dentre outras razões, por permitir a organização do sistema recursal, construído sobre a distinção entre os atos recorríveis (decisões interlocutórias e sentenças) e os não recorríveis (despachos)”.

4 Vide seção 2.1.1.

5 Esta última categoria foi introduzida por Liebman, não existindo na concepção de Chiovenda (NOGUEIRA, 2011, p. 78).

Goldschmidt (1961, p. 112 et passim apud NOGUEIRA, 2011, p. 79-80) procedendo também de um aspecto subjetivo do procedimento, tendo em vista partir do pressuposto de que os atos processuais são praticados pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais, incorpora à sua tipologia critérios objetivos, tais como a função do ato processual e as situações jurídicas por ele geradas (NOGUEIRA, 2011, p. 80).

Assim, o jurista divide os fatos jurídicos processuais em atos das partes, compreendidos como aqueles que criam, modificam ou extinguem perspectivas, possibilidade e ônus, e atos judiciais, sendo aqueles praticados por juízes e auxiliares do juízo (NOGUEIRA, 2011, p. 79-80).

Os atos das partes se subdividem nas seguintes espécies: atos de obtenção ou postulação, cuja finalidade influenciar uma decisão judicial acerca de determinado conteúdo, a exemplo das petições, proposição e produção de provas (NOGUEIRA, 2011, p. 79); e os atos de causação ou constitutivos, definidos residualmente, ou seja, compreendem todos os atos não configurados como atos de postulação, tendo como exemplo a prorrogação de competência, o compromisso e as declarações unilaterais de vontade (NOGUEIRA, 2011, p. 80).

Carnelutti, buscando classificar os atos processuais de forma abrangente, partiu da distinção dos atos em função de seu valor técnico e de seu valor jurídico para elaboração de sua tipologia, propondo as classificações técnica e jurídica (NOGUEIRA, 2011, p. 81). Observada a amplitude da teoria apresentada pelo jurista, buscar-se-á trazer de forma sintética neste trabalho os principais aspectos de cada uma das categorias formuladas pelo autor.

A classificação técnica subdivide os atos processuais em (a) atos de governo, (b) atos de aquisição, (c) atos de elaboração e (d) atos de composição (NOGUEIRA, 2011, p. 81 et seq.).

Os (a) atos de governo seriam aqueles praticados pelos sujeitos processuais com o fim de regular a atividade processual, sendo praticados tanto em virtude do interesse dos agentes interesse interno - quanto do interesse público - interesse externo. Dentre os atos internos, verificam-se os (a.1) atos dispositivos, que tem como função “fazer valer, a partir da vontade do próprio agente, a composição da lide, ou estimular a atividade do órgão judicial” (NOGUEIRA, 2011, p. 82), podendo ser obtidos pela vontade do agente - (a.1.1) atos simples - ou pela combinação com

outra vontade - (a.1.2) atos concursais -, e os (a.2) atos provocativos, que têm por finalidade estimular a atividade do órgão jurisdicional, dependendo de requerimento ao juízo (NOGUEIRA, 2011, p. 82).

Já os (b) atos de aquisição colocam à disposição do órgão judicial elementos lógicos ou físicos que servem para a composição do litígio, compreendendo os (b.1) atos de afirmação, (b.2) exibição e (b.3) apreensão (NOGUEIRA, 2011, p. 82). Os (b.1) atos de afirmação declaram a existência ou inexistência de um fato, podendo servir a título de razão - (b.1.1) atos de alegação ou a título de verdade - (b.1.2) atos de asseveração (NOGUEIRA, 2011, p. 82-83). Os (b.2) atos de exibição “caracterizam-se por proporcionar ao órgão judicial o contato com as partes, provas e bens, mediante uma apresentação ou oferta espontânea do agente” (NOGUEIRA, 2011, p. 83). Por fim, os (b.3) atos de apreensão engloba os atos pelo qual o órgão judicial recebe por meio do uso da força partes, provas ou bens (a exemplo do arresto e da prisão civil) (NOGUEIRA, 2011, p. 83).

Os (c) atos de elaboração processual são aqueles por meio dos quais o órgão judiciário produz os elementos necessários à resolução do litígio. São divididos em (c.1) atos de inspeção, estes subdivididos em oitiva das partes, quando tiver por objeto a ciência de suas razões, e inspeção das provas, quando a finalidade for o conhecimento das provas; (c.2) atos de administração, tratando de atividades meio que servem a um fim específico; (c.3) atos de notificação, que têm por finalidade levar um ato ou fato do processo ao conhecimento de uma parte ou terceiro; e (c.4) atos de documentação, sendo aqueles “destinados a constituir uma representação permanente dos atos e fatos corridos no processo para posterior valoração” (NOGUEIRA, 2011, p. 83).

Como última espécie de ato processual na classificação técnica, há (d) os atos de composição, que se dividem em (d.1) atos de cominação, que resolvem o litígio através de uma mudança jurídica, como quando há o pronunciamento de uma decisão, e (d.2) atos de transformação, nos quais há composição por meio de uma modificação material da situação das partes (NOGUEIRA, 2011, p. 83-84).

Em relação à classificação jurídica dos atos processuais, estes foram agrupados conforme sua eficácia técnica e jurídica, considerando os aspectos funcionais e estruturais dos atos. Assim, foram estabeleci-

dos três critérios classificatórios, segundo o efeito dos atos processuais, sua finalidade e sua estrutura (NOGUEIRA, 2011, p. 84).

Conforme o efeito, os atos processuais foram divididos em fatos constitutivos e extintivos, representando aqueles que, respectivamente, constituem ou extinguem uma situação jurídica processual, bem como em circunstâncias impeditivas, que paralisam a eficácia de um fato constitutivo ou extintivo, e modificativas, que modificam uma situação jurídica processual (NOGUEIRA, 2011, p. 84-85).

Na classificação conforme a finalidade, configuram-se o ato processual facultativo referente à prática de uma faculdade (v.g. confissão)-, os negócios processuais - os quais constituem um direito subjetivo que confere às partes o poder de determinar, por meio de seu efeito jurídico, uma conduta alheia (v.g. eleição convencional do juiz)-, os provimentos processuais - atos processuais do juiz, referentes ao poder do órgão judicial-, os cumprimentos processuais - que constituem uma subordinação a ônus e obrigações processuais- e os atos processuais ilícitos - que significam a violação de uma obrigação processual (NOGUEIRA, 2011, p. 85-87).

Há, por fim, os atos classificados conforme a estrutura, agrupados conforme seu aspecto quantitativo, quando se referem ao mundo físico e causam sua transformação, e qualitativo, referentes às mudanças ocorridas no mundo psíquico, dividindo-se nas seguintes subespécies: conforme a mudança psíquica na mente do próprio agente - inspeção processual -, ou de um sujeito distinto - declaração processual -, ou quando o ato tem como resultado uma modificação física do estado de fato preexistente (v.g. execução de uma ordem de detenção) - operação processual (NOGUEIRA, 2011, p. 87).

Já com relação ao aspecto quantitativo, os atos processuais podem ser simples, quando deles derivar um efeito prático, não podendo ser decompostos em partes; complexos, quando se verificam vários atos, cada um deles aptos por si só a satisfazerem uma necessidade, reunidos para a satisfação de uma necessidade distinta e superior; ou configurarem um procedimento, quando se tratarem de “vários atos autônomos com vistas à produção de um efeito jurídico conjunto ou final”, verificando-se a unidade do efeito jurídico resultante (NOGUEIRA, 2011, p. 88).

Quanto aos atos complexos, podem ser subdivididos em atos continuados, formado por atos singulares realizados pelo mesmo agente, e atos concursais, quando praticados por agentes distintos. Estes últimos podem ser:

(a) ato colegiado, quando os interesses que o ato tenda a realizar sejam idênticos para todos os agentes (v.g. decisão de um tribunal [. . .]), e (b) ato convencional, quando os interesses dos agentes são distintos, por sua vez comportando mais uma divisão entre (b.1) acordos processuais, quando a diversidade de interesses se referir ao móvel (interesse eventualmente realizado pelo ato) e (b.2) contratos processuais, quando a diversidade de interesses se reportar à causa (interesse necessariamente realizado pelo ato). (NOGUEIRA, 2011, p. 88).

O professor Pedro Nogueira (2011, p. 89-90), ante a complexidade e a extensão da classificação proposta por Carnelutti, formulou notavelmente quadros contendo a síntese das espécies e subespécies conforme os critérios apresentados pelo jurista italiano, reproduzidos aqui para efeito de melhor visualização da tipologia supra apresentada:

Tabela 1 – Classificação técnica

Classificação técnica	
Espécie	Subespécie(s)
Atos de governo processual	-Atos dispositivos { Simples Concursais -Atos provocativo
Atos de aquisição processual	-Afirmação { Asseveração Alegação -Exibição -Apreensão
Atos de elaboração processual	-Inspeção -Administração -Notificação -Documentação
Atos de composição	-Cominação -Transformação

Fonte: NOGUEIRA, 2011, p. 89

Tabela 2 – Classificação jurídica

Classificação jurídica	
Conforme o efeito	-Fatos processuais constitutivos -Fatos processuais extintivos -Circunstâncias processuais impeditivas -Circunstâncias processuais modificativas
Conforme a finalidade	-Ato processual facultativo -Negócios processuais -Provimentos processuais -Cumprimentos processuais -Atos processuais ilícitos
Conforme a estrutura	<div style="display: flex; flex-direction: column; align-items: flex-start;"> <div style="margin-bottom: 20px;"> -Qualitativa { <ul style="list-style-type: none"> Operações processuais Inspeção processual Declaração processual </div> <div> -Quantitativa { <ul style="list-style-type: none"> Atos simples Ato Complexo { <ul style="list-style-type: none"> Ato continuado Ato concursal Procedimento </div> <div style="margin-left: 100px; margin-top: 10px;"> { <ul style="list-style-type: none"> Ato colegiado Ato convencional </div> <div style="margin-left: 80px; margin-top: 10px;"> </div> </div>

Fonte: NOGUEIRA, 2011, p. 90

Quanto à classificação dos atos processuais utilizada pela doutrina brasileira, não há consenso. “Enquanto muitos preferem critérios objetivos (i.e., que consideram o objeto do ato praticado), outros se orientam pela visão subjetiva, baseada no sujeito que tenha praticado o ato processual” (THEODORO JÚNIOR, 2018, n.p.). Percebe-se, assim, a influência das visões de Chiovenda e Liebman, quanto à proposta subjetiva, e de Jaime Guasp (1943, p. 673-681 apud THEODORO JÚNIOR, 2018, n.p.), que subdividiu os atos processuais em atos de iniciativa (aqueles que se destinam a iniciar a relação processual), atos de desenvolvimento (aqueles que dão movimento o processo, compreendendo atos de instrução e de ordenação) e atos de conclusão (decisões do juiz ou dispositivos das partes, como a renúncia, a transação e a desistência) (THEODORO JÚNIOR, 2018, n.p.).

3. CLASSIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1. A concepção de Fredie Didier Júnior

Os negócios jurídicos processuais, enquanto fatos jurídicos voluntários, atribuem “à vontade o poder de estabelecer os efeitos jurídicos que regerão determinada situação jurídica” (FERRAZ, 2018, p. 179), o que não se verifica nos atos processuais em sentido estrito, eis que, apesar de se tratarem de condutas voluntárias, produzem efeitos necessariamente previstos em lei (FERRAZ, 2018, p. 180). Conforme ressalta Didier Júnior (2017, p. 428):

O relevante para caracterizar um ato como negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.

Segundo o jurista, as partes podem convencionar em um negócio jurídico processual acerca do procedimento a ser seguido, como a escolha entre um mandado de segurança e o procedimento comum, acerca do objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e acerca do próprio processo, servindo como “redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 425-426).

Existem ainda os negócios processuais atípicos, cuja previsão legislativa encontra-se no artigo 190 do CPC, em que se consagra o princípio do respeito ao autorregramento processual (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 426). Serão melhor explorados no capítulo seguinte deste trabalho, que se dedica aos aspectos do consensualismo no atual diploma processual civil.

Quanto ao número de declarantes ou de manifestações de vontade necessárias ao seu aperfeiçoamento, os negócios processuais se classificam em unilaterais, quando se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade, bilaterais, quando se dão por duas manifestações de vontade, de interesses contrapostos (contratos) ou convergentes para

um interesse comum (acordos), ou plurilaterais, quando formados pela vontade de mais de dois sujeitos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 426-427; GONÇALVES, 2018, p. 259).

Quanto à declaração de vontade, podem ser negócios expressos, “como o foro de eleição, e negócios tácitos, como o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária [e] o consentimento tácito para a sucessão processual voluntária” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 427). No caso dos negócios tácitos, aponta Didier Júnior (2017, p. 427) a possibilidade de serem comissivos, como a prática de ato incompatível com a vontade de recorrer ou omissivos, como a ausência de alegação de convenção de arbitragem.

Há, ainda, os negócios jurídicos processuais que necessitam ser homologados pelo juiz, como no caso da desistência do processo, e aqueles que não requerem essa ratificação, como o negócio tácito sobre a modificação da competência relativa e a desistência do recurso (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 428). Evidencia Didier Júnior (2017, p. 428):

[a] regra é a dispensa da necessidade de homologação judicial do negócio processual. Negócios processuais que tenham por objeto as situações jurídicas processuais dispensam, invariavelmente, a homologação judicial. Negócios processuais que tenham por objeto mudanças no procedimento podem sujeitar-se a homologação, embora nem sempre isso ocorra; é o que acontece, por exemplo, com a desistência (art. 200, par. ún., CPC) e a organização consensual do processo (art. 357, § 2º, CPC).

Tendo em vista a influência exercida pela teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda na construção e no desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, repercutindo não apenas na seara do direito privado, mas também, enquanto fonte de fundamentos erigida na teoria geral do direito, em todas as outras áreas do direito, incluindo a processual civil, mostra-se relevante partir-se de seus preceitos no estudo dos institutos jurídicos previstos no diploma processual civil.

Uma vez a classificação dos negócios jurídicos processuais supra apresentada ter se alicerçado na teoria dos fatos jurídicos, revela-se mais adequada aos institutos legais do CPC de 2015, que expandiram a

possibilidade de as partes envolvidas em uma relação jurídica processual estabelecerem acordos procedimentais e outras convenções processuais não previstas expressamente em lei.

3.2. *As convenções processuais e sua classificação*

Antônio do Passo Cabral (2018, p. 67-74) aponta para a importância da análise dos efeitos que o negócio processual produz no processo para sua definição e classificação. Critica, em relação aos critérios utilizados para definição e classificação dos acordos processuais, a concepção subjetiva (que considera o acordo processual como ato praticado pelos sujeitos do processo), a relativa ao *locus* em que o ato é praticado, e o critério da norma aplicada no acordo, na medida em que existem acordos firmados fora do processo, celebrados por sujeitos não processuais e que não aplicam, de forma direta, a legislação processual⁶, mas que, ainda assim, produzem efeito processual.

Aderindo à visão de Didier Júnior e Pedro Nogueira, o jurista destacou, para o fim de definição do negócio processual, a “aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo, ou sua referibilidade a um processo, atual ou potencial” (CABRAL, 2018, p. 68). Apontou para a desnecessidade da análise de esse efeito ser direto ou reflexo, principal ou acessório, assinalando a suficiência do consentimento das partes para que se atinja o efeito processual pretendido (CABRAL, 2018, p. 69).

Focando nas convenções processuais, que seriam espécie de negócio jurídico plurilateral, “pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (CABRAL, 2018, p. 74), Cabral propõe classificação dos acordos processuais distinta daquela apresentada por Fredie Didier, observando para isso as doutrinas alemã e francesa.

O autor separa os acordos obrigacionais, que seriam as convenções sobre situações jurídicas processuais, estabelecendo um fazer ou não fazer para um ou ambos os convenientes, dos acordos dispositivos, que tratam dos atos de procedimento, ou seja, modificam regras processuais ou procedimentais (CABRAL, 2018, p. 79-80).

6 Como no caso dos negócios processuais atípicos, que possibilitam às partes o estabelecimento de modificações no procedimento não previstas expressamente no texto legal.

Em relação ao momento do estabelecimento da convenção processual, as divide em prévias (também chamadas de preparatórias ou pré-processuais), quando firmadas antes da instauração do processo, ou incidentais, quando realizadas no curso do processo (CABRAL, 2018, p. 82-84).

Utilizando-se de classificação comumente empregada no direito privado, Cabral, aplicando o critério das vantagens produzidas, separa as convenções em onerosas e gratuitas.

Estas são aquelas que produzem apenas benefício para uma parte e sacrifício para a outra, enquanto geram benefícios e sacrifícios para ambas as partes (CABRAL, 2018, p. 88).

Dentro dos acordos onerosos, os subdivide em comutativos, quando envolvem benefícios e sacrifícios recíprocos que se equivalem, ou aleatórios, nos quais não há, no momento da celebração, equivalência das prestações (CABRAL, 2018, p. 90).

Indo para a seara administrativa, aponta para a existência de protocolos institucionais de natureza administrativa, que, apesar de não contem vontades individualmente consideradas, advém de declaração volitiva de um grupo de indivíduos, organicamente considerados, celebrados por pessoas jurídicas ou órgãos em nome de um grupo ou categoria, podendo ser, portanto, considerados como acordos plurilaterais institucionais (CABRAL, 2018, p. 92).

Por fim, indo ao encontro da classificação proposta por Didier Júnior, Cabral aponta para a existência de convenções típicas, expressamente disciplinadas pelo legislador, e atípicas, praticadas em razão da autonomia das partes (CABRAL, 2018, p. 94).

A classificação acima apresentada, apesar de não abarcar todos os negócios jurídicos processuais, focando apenas nos acordos e convenções (espécies de negócios processuais plurilaterais), se mostra relevante para o presente estudo, eis que adota critérios de influência da doutrina jurídica estrangeira, sem se evadir da teoria dos fatos jurídicos. Assim, traz categorias importantes, como quanto ao momento da prática do ato e quanto às vantagens produzidas, para a classificação das hipóteses concretas de negócios jurídicos processuais, eis que dentre elas há diversos acordos e convenções processuais.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas inovações no sistema processual brasileiro. Dentre elas está a possibilidade de as partes realizarem negócios processuais não previstos expressamente no texto legal, o que, até alguns anos atrás, seria impensável.

Durante a maior parte de sua existência, a doutrina processual civil pouco ou nada exploraram sobre os negócios jurídicos processuais, essencialmente em razão do viés publicista segundo o qual o processo era concebido. Ao considerá-lo como a atuação estatal diante um conflito jurídico de interesses, não era admissível que a vontade das partes determinasse qualquer ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais perante o procedimento determinado pelo Estado.

A inefetividade da tutela jurisdicional ao longo dos anos, entretanto, decorrente do crescente número de demandas judiciais, carência de recursos e morosidade do funcionamento do aparato judiciário, evidenciou a necessidade de flexibilização do procedimento judicial, abrindo espaço para discussões acadêmicas que buscavam soluções mais efetivas para a demora na prestação jurisdicional. A doutrina estrangeira, nesse aspecto, exerceu certa influência para a mitigação da concepção publicista de processo, revelando a experiência de outros sistemas jurídicos na maior atuação das partes e a maneira pela qual contribuíram para a celeridade da tramitação processual.

Diante das discussões acadêmicas que se acenderam no final da década passada na seara processual, quando da discussão do projeto do novo CPC, o legislador buscou estabelecer um processo mais colaborativo, flexibilizando o procedimento judicial e permitindo que as partes pudessem determinar algumas de suas prerrogativas e obrigações processuais, em respeito ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, também firmado no novo diploma processual.

A própria prestação jurisdicional adequada, de forma a garantir a realização dos direitos ameaçados ou violados dos jurisdicionados, foi um dos maiores propósitos da criação de um novo diploma

processual, que eliminasse eventuais mecanismos morosos ao procedimento e operasse a ampla e efetiva tutela jurisdicional apresentada no texto constitucional. Um dos meios para que isso fosse realizado foi o protagonismo dado pelo CPC à autocomposição das partes, que oferece um caminho mais célere para a resolução de litígios do que o lento e saturado procedimento judicial habitual.

Os negócios jurídicos processuais, além de serem um caminho para a autocomposição, permitindo que as partes convirjam seus interesses na busca de um procedimento mais adequado, que pode resultar na própria resolução do litígio, ainda permitem maior celeridade e flexibilidade ao processo, possibilitando que o procedimento judicial se adéque melhor às necessidades das partes e não fique restrito a regras procedimentais que podem não ser as mais adequadas à situação concreta.

Revela-se, pois, a importância desse instituto jurídico, de forma a se mostrar de extrema relevância o estabelecimento de hipóteses concretas diversas que abram espaço para a atuação das vontades das partes no processo, autorizadas pela cláusula geral de negociação atípica. É fundamental que tais hipóteses negociais sejam analisadas à luz de sua natureza jurídica, de forma a revelar seus pressupostos, requisitos de validade e eficácia e quais seus objetos e sujeitos.

Para proceder a essa análise, estabeleceu-se que os negócios processuais se tratam de atos jurídicos, se fazendo relevante o exame da teoria dos fatos jurídicos para que se compreenda o que são e qual seu papel no ordenamento jurídico. A partir de tal teoria, construída por Pontes de Miranda e explorada por Marcos Bernardes de Mello, constatou-se que os negócios processuais constituem fatos jurídicos voluntários cujo suporte fático possibilita ao sujeito processual a prerrogativa de modificar o procedimento judicial e regular determinadas situações jurídicas (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 425).

Ademais, percebe-se que, dentre a visão de diversos autores, destaca-se a tipologia baseada na teoria ponteana, que os divide em atos jurídicos ilícitos e lícitos, sendo estes subdivididos em atos jurídicos em sentido estrito, negócios jurídicos e atos-fatos jurídicos. Partindo-se dessa tipologia e do trabalho de Fredie Didier Júnior e

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, que transpôs a teoria dos fatos jurídicos para a seara processual, estabelecendo a teoria dos fatos jurídicos processuais, puderam os negócios processuais ser categorizados conforme sua tipicidade, número de declarantes, declaração de vontade e necessidade de homologação judicial. Outrossim, Antônio do Cabral Passo propôs classificação própria, cujos critérios também possuem extrema relevância na análise do instituto negocial, em especial no tocante ao momento de celebração do negócio processual e o tipo de vantagem produzida.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, D. A. R. de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. 2011. 241 p. Tese (Direito) — Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292. Acesso em: 05/09/2019.
- AMARAL, F. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARREIROS, L. M. S. *Convenções Processuais e Poder Público*. 2016. 428 p. Tese (Direito) — Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/22520>. Acesso em: 21/10/2019.
- BRAGA, P. S. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência*. Revista de Processo. vol. 148. p. 293-320. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 19/09/2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19/09/2019.
- BRASIL, SENADO FEDERAL. Projetos de Lei no 6.025, de 2005, e no 8.046, de 2010. *Código de Processo Civil. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei no 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei no 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei no 5.869, de 1973)*, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577. Acesso em: 30/10/2019.
- CABRAL, A. do P. *Convenções Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CAMPOS, E. L. C. Ato-Fato Processual: Reconhecimento e consequências. *Revista de Processo*, v. 254, Abril 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.05.PDF. Acesso em: 24/09/2019.
- COMISSÃO DE JURISTAS. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. In: Senado Federal (comp.). *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/>

id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 11/11/2019.

DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

FERRAZ, C. DA DOGMÁTICA À PRÁTICA: LIMITES DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, PREVISTO NO NCPC, À LUZ DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS.

REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS, v. 18, n. 30, p. 177 – 194,

2018. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2613. Acesso em: 02/09/2019.

GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 1971.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro, volume 1* : parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, P. *Direito civil* : parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, M. B. de. *Teoria do fato jurídico* : plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 1.

NEVES, M. da C. P. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. v. 21, n. 84, p. 267

– 284, 1984. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181581/000414206.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16/09/2019.

NOGUEIRA, P. H. P. *Negócios jurídicos processuais*: análise dos proventos judiciais como atos negociais. 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10743>. Acesso em: 05/09/2019.

NOGUEIRA, P. H. P. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlantida, 1967. 274 p. Tradução de Manuel de Alarcão.

SAVIGNY, F. V. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1878. Tradução de J. Mesía e M. Poley. Disponível em: https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/Sistema_derecho_ro

mano_atual_1_y_2/index.htm. Acesso em: 01/07/2020.

TALAMINI, E. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, Outubro 2015. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processopra-chamar.pdf>. Acesso em: 23/09/2019.

TARTUCE, F. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Vol. 1.

A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO, FORMA E CRÍTICA

THE DETENTION ORDER IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LAW: CONSTITUTION, CONDITION AND CRITICS

Rogério Bontempo Cândido Gontijo¹
Sara de Assis Aquino²

Resumo: A medida de segurança, enquanto forma de aprisionamento *sui generis*, permanece em descompasso com relação aos direitos e garantias previstas pela Constituição Federal de 1988 e com as novas diretrizes desinstitucionalizantes propostas pela Lei n. 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica). Por isso, é preciso entender a concepção de tal instituto, sua evolução e os problemas enfrentados, hoje, para que haja uma implementação que respeite minimamente os direitos do paciente com sofrimento mental. Assim, o presente artigo propõe um debate sobre a história das ideias criminológicas e da dogmática que culminaram com as medidas de segurança disciplinadas pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, de modo a propiciar a identificação das fragilidades e a proposição de críticas a essa modalidade de sanção. Com isso, após a apresentação da evolução epistemológica, apresenta-se os componentes controversos e se propõe reflexão sobre os aspectos de legitimação e funcionalidade das medidas.

Palavras-chave: Medida de segurança; histórico; premissas teóricas; repercussões práticas.

1 Graduando em direito pela Universidade de Brasília. Membro do grupo Política Criminal (CeUB) e do grupo de estudos do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim).
2 Graduanda em direito pela Universidade de Brasília. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6937903983084203>

Abstract: The detention order, as a form of *sui generis* imprisonment, remains in conflict with the rights and guarantees provided by the Federal Constitution of 1988 and with the new deinstitutionalizing guidelines proposed by Law no. 10.216 / 2001 (Psychiatric Reform Law). Therefore, it is necessary to understand the concept of this institute, its evolution and the problems faced nowadays, so that there is an implementation that respects the rights of patients with mental suffering. Thus, this article proposes a debate on the history of criminological ideas and dogmatics that culminated with the detention order disciplined by the Penal Code and the Criminal Execution Law, in order to provide the identification of inconsistencies. Lastly, after the presentation of the epistemological evolution and the controversial components, it is presented a reflection on the aspects of legitimation and functionality of the detention order.

Keywords: Detention order; history; dogmatic theory.

Submissão: 12/04/2020

Aceite: 27/06/2020

“[...] no meio do mundo sereno da doença mental, o homem moderno não se comunica mais com o louco; há, de um lado, o homem da razão que delega para a loucura o médico, não autorizando, assim, relacionamento senão através da universalidade abstrata da doença; há, de outro lado, o homem de loucura que não se comunica com o outro senão pelo intermediário de uma razão igualmente abstrata, que é ordem, coação física e moral, pressão anônima do grupo, exigência de conformidade. Linguagem comum não há; ou melhor, não há mais” (FOUCAULT, 2006, p. 154).

1. INTRODUÇÃO

Os incrementos para maior transparência e publicidade do procedimento decisório se impõem dentro da arquitetura pensada para o Estado Democrático de Direito, cujos pilares são a igualdade, a liberdade e o respeito aos direitos fundamentais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37). Este novo paradigma, além de conferir tratamento igualitário e propiciar a vivência democrática em liberdade, com gozo dos direitos individuais, consiste em um movimento constitucional que promove, sobretudo, limitação de poderes.

Dentre os instrumentos jurídico-constitucionais para limitar o poder estatal está o dever de fundamentar decisões, previsto no art. 93, IX da Constituição. Se, como se diz, há três poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – e cada um deles tem funções típicas – administrar, legislar e adjudicar – a Constituição cria uma condição adicional para a legitimidade da adjudicatura – a função de decidir só se cumpre se a decisão estiver devidamente motivada.

Isso mostra ainda mais relevância quando se fala em direito penal, componente do aparelho punitivo estatal. A presença do poder coercitivo se legitima na medida em que há um universo de garantias constitucionais para limitá-lo – dentre as quais, e talvez a mais importante, está a estrita legalidade, decorrente da máxima latina

nullum crimen, nulla poena, sine lege (não há delito nem pena sem lei). A obra responsável por consagrar o princípio da legalidade é a de Beccaria (2000, p. 20), que já no século XVIII jogou luz sobre a importância prática de adotá-lo: “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador”.

Sendo assim, incumbe ao legislador a tarefa de *tipificar* conduta, isto é, conferir uma sanções a atos da vida. Por sua vez, o juiz deve constatar se uma conduta concreta, omissiva ou comissiva, configura *crime*. Para tanto, a análise é decomposta em três blocos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade³. Em suma, a etapa da tipicidade requer o exame de subsunção da conduta à norma abstrata. Para a antijuridicidade, analisa-se se o sujeito agiu amparado por alguma excludente de ilicitude, como no caso de legítima defesa ou estado de necessidade. Por fim, examina-se a culpabilidade com vistas a aferir, entre outras coisas, o grau de responsabilidade ao tempo da conduta para saber se o agente fora acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.

Nessa última etapa – e arriscamos dizer, mais que em qualquer momento do processo criminal – o conhecimento jurídico coabita com ciências estranhas ao direito. A culpabilidade se relaciona com o fato da vida e pode receber duas abordagens: a da autonomia do autor no momento da conduta e da gravidade de afetação do bem jurídico (TAVAREZ, 2011, p. 142). No que toca à autonomia do autor, é preciso recorrer às instâncias da psicologia e da psiquiatria, já que este juízo foge ao escopo de uma decisão judicial.

Quando se fala em medida de segurança, no entanto, a questão da legitimidade da decisão é posta à prova por outro motivo. Isso porque é aplicada às pessoas que cometeram fatos típicos e ilícitos, no entanto por lhes faltar o elemento da culpabilidade, em razão de motivos biopsicopatológicos, são *absolvidos impropriamente*. Diz-se impropriamente porque os sujeitos são submetidos à tratamento ambulatorial ou à internação, e o elemento central dessa determinação judicial é a periculosidade.

3 Não cabe aqui a reflexão sobre uma miríade de conceitos de delito. Pretende-se apenas situar o leitor quanto à problemática central do trabalho. Para investigações mais pormenorizadas sobre teoria do delito, ver ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro*, vol. II, tomo I e II.

Dessa forma, a decisão judicial, nesses casos, cumpre missão diferente: a de estabelecer se há ou não periculosidade que justifique a aplicação de medida de segurança. Diante disso, surgem algumas questões: a que esfera do saber pertencem as medidas de segurança? Qual a natureza dessa sanção – sanitária ou penal? Tratando-se, ainda, de doença mental, o juiz considera conhecimentos da psicologia e da psiquiatria para formar sua convicção? Quais os componentes teóricos da periculosidade?

Todas essas são perguntas que procuram preencher de legitimidade o instituto da medida de segurança. O presente artigo, contudo, não pretende respondê-las. A partir de revisão bibliográfica ampla sobre a história da medida de segurança e quais os pressupostos doutrinários majoritários que militaram ao seu favor. Em diante, ainda a partir de revisão bibliográfica, busca-se notar quais valores subsidiaram as reformas legislativas posteriores.

O objetivo é traçar o histórico de seu surgimento, explicar como se deu o seu acoplamento no ordenamento brasileiro, bem como as mudanças desde a sua chegada. Por fim, pretende-se pontuar as principais críticas. Demonstradas as inconsistências dos marcos dogmáticos pertinentes à fundamentação e legitimação do emprego das medidas de segurança na forma feita pela legislação brasileira, faz-se igualmente necessário ressaltar as implicações práticas daquelas incongruências de ordem teóricas porque, conforme explicado, os vícios de fundamentação dogmáticos transpõem-se para a execução das internações e dos tratamentos ambulatoriais.

2. Histórico da fundamentação dogmática

O surgimento formal das medidas de segurança se deu no Código suíço de 1983, por influência da doutrina de von Liszt. Essa primeira concepção mostrou-se como reação estatal aos delitos cujo cometimento implicava algum grau de periculosidade social (CAETANO, 2018, p. 39).

Contudo, o percurso teórico que dá forma a este instituto advém, antes, da Escola Positiva, cuja influência percorreu gerações de teóricos (dentre eles, von Liszt) e correntes doutrinárias criminais, com reverberações no Direito Penal contemporâneo. Por isso, para compreender

o necessário – mas, diga-se, não o suficiente – sobre a conformação das medidas de segurança, este recorte pretende destacar os pontos histórico-dogmáticos decisivos para o entendimento da matéria.

O positivismo italiano inaugura a compreensão da pena como meio de defesa do organismo social (SHECAIRA, 2020), atribuindo ao Estado o papel de administração da repressão punitiva. A ideia é utilizar a pena como forma de prevenir ações dos indivíduos considerados perigosos à sociedade (CAETANO, 2018). Os positivistas – e aqui recordamos principalmente de Lombroso, mas podem ser citados também Enrico Ferri e Rafeale Garofalo – tinham a percepção de que os indivíduos transgressores de regras estavam pré-condicionados a um futuro criminoso. Os determinismos biológicos e sociais adentram, de vez, os estudos do direito criminal. Essa visão da criminalidade, registre-se, vai de encontro às teses da Escola Clássica, que supunha o livre-arbítrio como condutor das ações individuais (SHECAIRA, 2020; BARATTA, 2011).

A corrente positivista atribuiu ao delito outras facetas que não as jurídicas, dando atenção aos aspectos biopsicossociais do delinquente (BARATTA, 2011, p. 38). Dessa maneira, visando a periculosidade – ou perigosidade – dos que cometem crimes, a pena como meio de defesa social é tida menos como retributiva e repressiva, como outrora fora considerada, e mais curativa e reeducativa (BARATTA, 2011, p. 40; CAETANO, 2018) - conforme se centra no indivíduo delinquente. Nasce, então, por exemplo, as teorias de prevenção especial, que enaltecem os proveitos individuais do cumprimento da pena, na medida em que a aplicação do direito penal resulta em dois efeitos: (i) impede o indivíduo de reincidir na conduta criminoso e (ii) promove a sua reintegração na sociedade (BITENCOURT, 2017, p. 167-170).

Nesse contexto, a periculosidade define o espaço da *potência individual* delituosa a ser terapêuticamente corrigida pelo poder punitivo (CARVALHO, 2015, p. 81). Nas palavras de Zaffaroni et al. (2017, p. 162), a periculosidade do sujeito indica que a execução penal serve a uma espécie de “objetivo transpessoal de defesa social”. No ar, implícitas, estão as origens do chamado *direito penal do autor*; nessa “modalidade”, o fundamento do sistema penal não se restringe às ações delituosas, mas inclui também “a classificação tipológica dos autores” (BARATTA, 2011, p. 39).

Com efeito, as funções curativa e pedagógica ganham noções neutralizadoras e sanitárias. Da ideia da pena restaurativa, surge o movimento de estigmatização do delinquente – relacionado, quase sempre, ao primitivismo e a outros critérios de cunho racista (CAETANO, 2018). Mediante a lógica dos princípios do bem e do mal, da finalidade, da prevenção, do interesse social e do delito natural, a administração das sanções estabelece dinâmicas segundo as quais as penas típicas se convertem, “em maior ou menor escala, em medidas de segurança ou socioeducativa, tanto na forma (qualidade) quanto no tempo (quantidade) de punição” (CARVALHO, p. 82).

Também neste contexto a filosofia da pena e o discurso punitivo passam a ser oxigenados por saberes não jurídicos, advindos principalmente das ciências sociais, da psiquiatria e da psicologia. Essa interlocução estimula a conceituação da “pena-tratamento”. E desembocam, mais tarde, como em um movimento natural, nas medidas de segurança (CARVALHO, 2015).

Em suma, as medidas de segurança se fundamentam em duas razões principais, uma anterior à aplicação e outra posterior: primeiro, no medo do delinquente; segundo, na possibilidade de contê-lo. Os discursos, antes contrários, se unem: protege-se a sociedade do indivíduo na mesma oportunidade em que lhe tiram a liberdade, sob o argumento de necessidade de tratamento e, por consequência, de restrição da liberdade. Nesse sentido, o elemento chave da *temibilidade* alcança ambos objetivos, já que “unificava os fins de proteção social e tratamento alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos” (FERRARI, 2001, p. 22-3).

Como já pontuado, as medidas de segurança foram implantadas originariamente pelo Código Penal suíço de 1893, que introjetou ideias do positivismo alemão⁴. Corroboraram, para sucesso da implementação, a noção de que a pena responderia a uma *razão do Estado* e a visão eticizante sobre a culpabilidade, que passou a ser entendida como condição para a periculosidade dos indivíduos.

4 “[...] a incorporação legislativa do correccionalismo ocorreu fundamental na década de 1960, sob forte influência do movimento de Defesa Social (Prinz e Marc Ancel). Roxin, p. ex., narra que o Projeto Alternativo de Código Penal da Alemanha (1966) ‘deve muito, e de forma muito especial, à teoria preventivo-especial e, particularmente, a Franz v. Liszt e às ideias da defesa social.’” (CARVALHO, 2015, p. 83)

A diferença entre o inimputável e o imputável fica cada vez mais nebulosa, tendo em vista que a culpabilidade está imiscuída na subjetividade do autor – visto sob o filtro do determinismo biológico-social (CARVALHO, 2015, p. 82). Novamente em função do determinismo, o tempo e a forma de aplicação da pena tornam-se incertos, haja vista sua funcionalidade terapêutica. Por exemplo: as penas, diz a Constituição, não têm caráter perpétuo; de outro lado, o autor-paciente, sabe-se, não se submete à pena, pois recebe o Estado o seu tratamento, cujo fim é subordinado à constatação de eliminação do perigo potencial, em atenção à proteção social (CARVALHO, 2015, p. 83).

3. CONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA BRASILEIRA

Posteriormente, o legislador italiano traduziu para o Código Penal de 1930, apelidado de Código Rocco, o esboço das *misure di sicurezza* que serviriam de modelo para o Código Penal brasileiro de 1940. Observa-se, no caso italiano, a perpetuação das ideias positivistas acerca da defesa social, da criminalidade patológica e da aplicação de penas curativas. Não é demais lembrar que o Código Rocco nasceu sob a égide do fascismo (CAETANO, 2018, 39-40).

Seguindo a tendência europeia, o meio jurídico-penal brasileiro consolidou o discurso criminal “a partir de critérios de desigualdade definidos pelo saber médico e sociológico (PRANDO, 2012, p. 125). Esse período de depuração inicial da doutrina criminal brasileira coincide com a fundação da estrutura penitenciária e manicomial. O tema das medidas de segurança, aliás, ocupou os debates imediatamente prévios à promulgação do Código de 1940, conforme aponta Prando (2012, p. 131): “se de um lado, o projeto não previa a obrigatoriedade de exame mental para determinação da inimputabilidade, por outro fazia depender do perito médico a determinação da precedência de pena ou medida de segurança”.

O flerte entre o discurso médico e o jurídico, todavia, não avançou para a legislação. Apesar da abertura do instituto permitir a internação de todos os autores considerados perigosos, a periculosidade seria legalmente presumida, conforme se extrai do artigo 77 do Código, que

contava originalmente com a seguinte redação: *Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e as circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.*

Retirou-se, assim, o papel determinante da culpabilidade (responsabilidade) e a imposição das medidas de segurança tanto para inimputáveis, como para imputáveis tornou-se regra, desde que juridicamente “constatada” a periculosidade (CAETANO, 2018), sem necessidade de lastro médico e psicológico. Sobre as hipóteses de presunção de periculosidade, Salo de Carvalho (2015, p. 504-505) ensina:

“O revogado art. 78 do Código determinava que seriam considerados perigosos (presunção legal de periculosidade): (a) os inimputáveis; (b) os semi-imputáveis; (c) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez, se habitual a embriaguez; (d) os reincidentes em crimes dolosos; (e) os condenados por crime cometido por associação, bando ou quadrilha. Além disso, poderia ser reconhecida a periculosidade do autor do ilícito pelo julgador em seguintes hipóteses: (a) se os antecedentes e a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que o sujeito viria ou tornaria a delinquir; e (b) se, na prática do fato, fosse revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral (art. 77 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei n. 6.416/77)”

Observa-se, então, que a herança italiana do sistema duplo binário vigorou no Brasil até 1984. Com esse sistema, a presunção de periculosidade do delinquente possibilitava a imposição de medidas de segurança de forma substitutiva ou complementar à pena privativa de liberdade, prescindindo a análise de (in)imputabilidade. Isto é, para a sistemática das medidas de segurança, segundo a lógica aplicada em 1940, a imputabilidade não era determinante, sendo, porém, a periculosidade o elemento central para escolher entre a aplicação de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança. Se culpável ou não, portanto, pouco importava.

Hoje já é evidente para a doutrina majoritária a inadequação da aplicação conjunta de ambas sanções penais. A aplicação simultânea, por um mesmo ato, implica em autêntica lesão ao princípio do *ne bis in idem* (BITENCOURT, 2017). Por isso, a partir da Reforma da Parte Geral de 1984, sob influência da Escola Sociológica⁵, o sistema duplo binário deixou o ordenamento para que o modelo vicariante tomasse seu lugar na construção metodológica. Bifurcou-se a aplicação das sanções: aos imputáveis, as penas; aos inimputáveis, as medidas de segurança, sendo rechaçada por absoluto a possibilidade de coexistirem a um só indivíduo pelo mesmo fato (CARVALHO, 2015).

Dentre as espécies previstas no Código Penal atualmente em vigor, há a internação (art. 96, I) e o tratamento ambulatorial (art. 96, II). Aquela primeira se constitui de internação compulsória nos denominados hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico (HCTPs), ou em instituição similar, cuja estrutura básica remonta ao modelo penitenciário de restrição de liberdade, segregação e asilo. Já na segunda espécie, o autor passa por um acompanhamento psiquiátrico em que não há imposição de reclusão (CARVALHO, 2015).

Conforme o Código Penal, tem-se como regra a aplicação da medida de segurança na modalidade de internação (art. 97). O tratamento ambulatorial restringe-se às hipóteses de crimes puníveis com detenção. Ou seja, o tratamento ambulatorial é admitido pelo Código somente subsidiariamente (CARVALHO, 2015; PRADO e SCHINDLER, 2017).

Além disso, o Código prevê a realização de perícia médica anual com o fim de investigar a persistência da periculosidade (art. 97, § 2º). Ainda, o juiz pode determinar a internação, no caso de tratamento ambulatorial insuficiente para os “fins curativos” (art. 97, § 4º). Com lógica semelhante, o art. 98 determina a substituição da pena de prisão pela aplicação de medida de segurança caso o apenado precise de “especial tratamento curativo”.

O mesmo artigo 97 define que o tempo de duração da medida de segurança será indeterminado, prolongando-se enquanto houver periculosidade. A cessão é delimitada mediante perícia, de modo que não há determinação de prazo máximo; o único parâmetro legal estabelecido é o prazo mínimo de um a três anos. Contudo, majoritariamente – e

5 Também conhecida como escolha Política Criminal ou Terceira Escola Italiana. Ver: PRADO E SCHINDLER, 2017.

recentemente, frise-se –, doutrina e jurisprudência convergem para o entendimento de que o tempo máximo há de ser balizado pelo mesmo limite delimitado para as penas restritivas de liberdade, isto é, de 40 anos, conforme o art. 75 (CARVALHO, 2015). De outro modo, vale ressaltar a posição de doutrinas mais protetivas que afirmam a necessidade de adequação da duração ao máximo cominado abstratamente ao tipo penal (BITENCOURT, 2017; FERRARI, 2001).

Para além das formulações do próprio Código, com o advento da Lei n. 10.216/2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, a base fundamental para a administração das medidas de segurança é modificada. O conceito de periculosidade é questionado e a forma como se concebe o “tratamento” é deslocado da perspectiva punitiva para a terapêutica.

Significa dizer que não há, na lei, pretensão preventiva, mas sim formulações ligadas à promoção da saúde pública e à assistência dos cidadãos em sofrimento mental. Dessa forma, a Reforma Psiquiátrica é calcada na desinstitucionalização e na emancipação do indivíduo, o que torna – ou deveria tornar – obsoletas algumas das normativas do Código Penal.

Outrossim, a Constituição de 1988 estabelece, por exemplo, após a Reforma de 1984, a vedação de penas de caráter perpétuo ou cruéis (art. 5º, XLVII), indo de encontro à indeterminação de período máximo de duração das medidas. Ao lado desse ponto, a Constituição prevê ampla rede de viabilização e de acesso a direitos e garantias para o cidadão inserido nas dinâmicas do poder punitivo (PRADO e SCHINDLER, 2017). As garantias se reforçam com o advento da Reforma Psiquiátrica, cuja potência principal é o desenvolvimento de mecanismos de proteção aos inimputáveis submetidos a medidas de segurança.

Isso porque o diploma complementa o rol de direitos constitucionais e, por sua vez, assegura a proteção sem discriminação das pessoas com transtornos mentais (art. 1º); vincula o tratamento ao sistema de saúde e salienta a importância da desinstitucionalização (art. 2º, I, II e V); aponta para meios menos invasivos e de maior acolhimento no tratamento (art. 2º, VIII e XIX); e traz, ainda, a fundamental participação familiar e da sociedade nas intervenções (art. 3º).

Outra virada paradigmática desta lei é a colocação da internação como modalidade subsidiária da medida de segurança (art. 4º), subver-

tendo as pretensões predatórias do Código Penal. Ademais, a finalidade adotada pela internação deve ser de reinserção social (art. 4º, § 1º), a ser atingida por meio de ampla assistência transdisciplinar (art. 4º, § 2º), e também pela vedação de ocorrer em instituições asilares (art. 4, § 3º).

Chama atenção o rol de novas disposições implantados pela Lei de Reforma Psiquiátrica, com previsão de garantias importantes que vão desde a subsidiariedade da internação até a efetiva desinstitucionalização. Não obstante, a prática jurídica e os estudos recentes demonstram que o contraponto colocado pela Lei n. 10.216/2001 em relação ao Código Penal não tem sido suficiente para instrumentalizar maiores modificações nas políticas públicas para os institucionalizados no regime de internação asilar. Segundo análise realizada por Prado e Schindler (2017, p. 647-8), no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia, a implementação da nova lei é vagarosa e, conforme os casos analisados, a internação permanece majoritariamente pautada no isolamento e na repressão regressiva do indivíduo. Além disso, os autores denunciam a precariedade do acesso aos serviços de saúde, vez que faltam vagas para o atendimento especializado – razão pela qual muitos indivíduos permanecem em condições vedadas expressamente pela lei –, perpetuando, portanto, o distanciamento familiar proporcionado pelas medidas de segurança (PRADO e SCHINDLER, 2017, p. 648). Pode-se pensar o problema a partir da seguinte síntese: em que pese a revogação tácita da lei penal pela Constituição de 1988 e pela Reforma Psiquiátrica, é ela ainda quem dita como são aplicadas às sanções aos inimputáveis, no mais das vezes sujeitos à internação.

Tendo isso em perspectiva, constata-se a necessidade emergencial de se proporcionar legislações com previsões radicais, isto é, que visem a efetividade real e abarquem desde os casos menos complexos até os mais desafiadores; afinal, se com a Lei de Reforma Psiquiátrica, que já é uma importante conquista de direitos e delimita normativas potentes, a situação permanece precária, é preciso abordar o problema com ainda mais desejo de mudança.

No plano das políticas públicas, a temática também é desafiadora. Poucas e lentas são as movimentações realizadas pela administração e, quando ocorrem, se dão em localidades pontuais, sem estruturação transfigurativa do espaço de aplicação das medidas.

Aqui, pode-se pegar emprestada o raciocínio do conhecido texto do professor Roberto Gargarella acerca das dificuldades, inutilidade e necessidade de uma reforma constitucional. O autor expõe a necessidade de uma profunda reforma constitucional que, embora necessária, pode ser perigosa e inútil – primeiro porque a reforma depende dos agentes políticos, naturalmente resistentes a mudanças profundas; segundo porque há grandes chances de não passar de uma *reforma de papel*, com alterações textuais que não refletiriam mudanças práticas. Nenhum destes apontamentos, ao que se possa pensar, leva à conclusão de que reformas não devam acontecer. Na verdade, o autor caminha em sentido contrário para assentar, veemente:

“é justamente em razão da dimensão dos obstáculos que enfrentamentos que necessitamos introduzir mudanças institucionais de envergadura. Nasce aqui, em todo caso, um argumento tanto contra o reformismo minimalista, como contra o temeroso gradualismo que nosso sistema institucional tem enfrentado [...]” (GARGARELLA, 2009, p. 529)

Em suma, apesar das dificuldades de alterar a raciocínio jurídico, reformas legislativas são mais necessárias que nunca. Com esse espírito, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), conjugado com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pretende harmonizar as medidas de segurança ao Sistema Único de Saúde (SUS), seguindo as diretrizes impostas pela Lei 10.216. Na Resolução n. 04/2010, o CNPCCP faz coro ao conteúdo da Reforma Psiquiátrica e se refere à importância do atendimento individualizado e da proteção dos pacientes judiciários (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2010).

Dessa forma, o discurso e as legislações mais garantistas que tomaram forma no pós-Reforma do Código de 1984 trazem novos horizontes para as medidas de segurança. Como afirmam Prado e Schindler (2017, p. 637), para uma execução seguindo à reforma psiquiátrica deve-se ter como norte: “crítica ao modelo hospitalocêntrico; [a] desinstitucionalização; [a] negação do caráter terapêutico do internamento como regra; e [o] redirecionamento do modelo assistencial à saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto”.

Feita a digressão para explicar as raízes e os fundamentos dogmáticos envolvidos na construção teórica das medidas de segurança no Brasil, assim como o estado da arte da legislação atual, devemos nos perguntar quais os parâmetros utilizados na prática judiciária para fundamentar as decisões com esse conteúdo, e quais a relevância prática dos parâmetros usados, principalmente no que se refere ao conceito de periculosidade.

4. (I)LEGITIMIDADE TEÓRICO-DOGMÁTICA?

Roxin (1993, p. 75) afirma que a diferença entre pena e medida de segurança se baseia: “no tipo de limitação e, deste modo, numa distribuição do centro de gravidade algo discrepante na ponderação das componentes liberais e sociais do sistema de consequências jurídicas”.

Como se sabe, o conceito do qual deriva a legitimação das medidas de segurança é a periculosidade. É na Idade Média que a loucura começa a ser associada ao mal e ao imoral, em função da filosofia e da influência do pensamento da Igreja. *En passant*, para o filósofo Tomás de Aquino, a possessão ou a interferência de substâncias demoníacas no corpo geraria deformidades comportamentais e mal ao indivíduo, de modo que, para salvar o sujeito cujo corpo estivera possuído, isto é, para salvar sua alma, este mal deveria ser expurgado – processo que, por vezes, levaria à morte (BARROS-BRISSET, 2011, p. 42-43).

Essas ideias perduraram com maior força até o século XVIII, quando o aspecto patológico do “mal” passa a tomar forma – apesar de o tratamento operacionalizado ser ainda de cunho moral. No século XIX, surgem questões sobre a inerência do mal e do perigo ao crime. Os supostos déficits morais eram costumeiramente relacionados aos delinquentes – principalmente em casos violentos e habituais (BARROS-BRISSET, 2011, p. 44). A ciência psiquiátrica, então, passa a integrar o processamento do crime. Nesse mesmo período, as teses organicistas e de defesa social dos teóricos positivistas ganham corpo e passam a influenciar diretamente a formação do pensamento criminológico. A partir daí, como vimos no esboço histórico, a estruturação da concepção de periculosidade penal leva à formação das medidas de segurança.

Ao se pensar a periculosidade hoje, os reflexos de sua presunção per-

manecem nas disposições do Código Penal. Portanto, embora ocorrida a reforma da parte geral e a mudança de algumas especificidades quanto ao modo de aplicação das medidas de segurança no Brasil, o instituto continuou, essencialmente, igual. Isto é, a sua formulação permanece seguindo a linha da detecção do perigo iminente vinculado aos agentes inimputáveis que cometem ilícitos penais. Para além, segue servindo ao sequestro desses indivíduos com a finalidade de neutralizá-los e, enfim, curá-los do mal que lhes assola (PRADO e SCHINDLER, 2017).

Ocorre que, mantida essa estrutura, a indefinição do conceito de periculosidade deixa amplo acesso discricionário de interpretação para os operadores do sistema punitivo, dando margem à incerteza e à insegurança jurídica, que produzem as dinâmicas de cerceamento de direitos a partir dos manejos abusivos do poder de punir.

No bojo do processo penal, é através do incidente de insanidade que se determina a (in)imputabilidade do indivíduo. Entretanto, o exame realizado por profissionais psiquiátricos, vale dizer, é determinante apenas para a conclusão da inimputabilidade, não sendo determinante, necessariamente, para a constatação da periculosidade (PRADO e SCHINDLER, 2017).

Em caso de dúvida acerca da integridade psicológica do acusado, o Código de Processo Penal impõe a realização de exame médico-legal, requerido por alguma das partes ou de ofício pelo juiz. Da dicção dos dispositivos processuais penais (arts. 149 e ss, do Código de Processo Penal), infere-se a importância deste laudo pericial para o atestado de insanidade mental, cujas repercussões alteram os rumos do processo. No entanto, a legislação requer do juiz a sabedoria do *homem médio*, com inteligência o bastante apenas para *suscitar a dúvida*. Utilizando uma expressão popular, *quem bate o martelo* para atestar ou afastar a existência de transtornos mentais é o perito, blindado pelo conhecimento específico e qualificado.

Dito isso, o que deve fazer o magistrado quando houver conflito de laudos periciais – um deles, positivo e o outro, negativo? A regra processual conduz à interpretação de que apenas outro perito, dada à necessidade de parecer técnico, poderia *desempatar* a controvérsia.

O tema não é novo para os tribunais brasileiros. Nos autos do RHC 3323, o Superior Tribunal de Justiça examinou questão similar, em que houve concorrência de laudos contrários. O paciente, antes da data dos

fatos, houvera sido submetido à exame de insanidade, que concluiu pela semi-imputabilidade. Ocorridos os fatos, o paciente fora, novamente, submetido ao exame – dessa vez, sem traços de doença ou atraso mental. O juiz sentenciante, diante dos laudos, adotou aquele que reconheceu a semi-imputabilidade e determinou a internação do paciente. Já no Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Flaquer Scartezini, foi negado provimento ao RHC, que contestava a capacidade do juiz de escolher um dos laudos. O colegiado entendeu que “o Juiz não fica vinculado ao laudo pericial médico apresentado, podendo apreciar livremente o conjunto probatório, na formação da sua convicção”.

Desde então o precedente é reproduzido para afastar a vinculação do julgador ao laudo pericial, em respeito ao livre convencimento motivado⁶. A jurisprudência brasileira confere funções distintas ao juízo eminentemente técnico e o juízo jurídico – aquele primeiro deve, tão somente, verificar se ao tempo da conduta o acusado agiu acometido por transtorno psíquico; o segundo, por sua vez, cuida do exercício futuroológico e prospectivo em relação à periculosidade, isto é, a possibilidade de reiteração.

Para assentar a diferença entre estes juízos, Prado e Schindler apontam, a partir da leitura de Gracia Martín, que

“[...] a avaliação da insanidade (que é objeto do referido exame) não se confunde com a análise da perigosidade do sujeito: a primeira diz respeito à verificação da existência e da manifestação da doença mental no momento do fato, e se esta afastou a capacidade de entendimento e de vontade, enquanto a verificação da perigosidade deveria passar pela avaliação do risco que o indivíduo representa para o grupo social – o que não ocorre” (PRADO e SCHINDLER, 2017, p. 633).

A periculosidade é, portanto, presumida judicialmente. A construção normativa por trás das medidas de segurança refere-se a uma ex-

6 A título de conhecimento: HC 66.579/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 08/06/2009; HC 104.537/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 07/12/2009; HC 358.885/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/03/2017; AgRg no REsp 1536612/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 20/06/2018.

pansão de métodos que se travestem como terapêuticos, mas que são, em verdade, encarceradores – inclusive em seu método de determinação. Percebe-se que, na realidade prática, o juízo de periculosidade é feito sobre o crime cometido, ou seja, os critérios utilizados para a aplicação da medida de segurança dizem respeito mais às circunstâncias do tipo penal imputado do que ao estado de debilidade psíquica do indivíduo (PRADO e SCHINDLER, 2017).

Nesse caso, porém, não se justifica tal abordagem pela suposta aplicação do direito penal do fato em oposição ao direito penal do autor. Na hipótese, se se pretende constituir modalidade terapêutica eficiente e atenta às debilidades individuais, é preciso compreender a situação do sujeito sob a lente da vulnerabilidade protetiva.

Entretanto, como dito, nota-se que a definição sobre a modalidade de aplicação da medida está relacionada a uma lógica de responsabilidade. Haveria relação direta entre a gravidade do ato e a implementação da internação. Em sentido contrário, caso o indivíduo tenha cometido crimes menos graves, poderá ser submetido a tratamento ambulatorial. Seguindo a normativa do artigo 97 do Código Penal, a modalidade de cumprimento da medida estará vinculada à espécie de pena privativa de liberdade cominada no tipo penal e que seria aplicada ao sujeito imputável (CARVALHO, 2015).

Abre-se espaço, portanto, para amplas desproporcionalidades. Assim, nas situações em que houver cometimento de delitos puníveis com pena de reclusão, ainda que o juiz considere não haver grau de periculosidade suficiente, o único caminho admitido pela *letra fria* do Código é a determinação de medida de internação.

Além da estreita relação da aplicação da medida com as singularidades do crime cometido, outros pontos demonstram o caráter eminentemente punitivo da medida de segurança. Por exemplo, é recorrente a denúncia, no meio crítico e no movimento antimanicomial, de que a internação mobiliza dinâmicas de exclusão e se caracteriza pelo isolamento, não sendo meio fértil para o desenvolvimento de tratamentos eficazes (PRADO e SCHINDLER, 2017). Há, na verdade, mais regressão e mais desestabilização do indivíduo – em detrimento da rica prescrição da Lei n. 10.216/2011 – enquanto se obtém menos seguridade sanitária, recuperação, e reinserção social.

A tendência é de que o sujeito (isolado durante todo o período de suposto tratamento) continue à mingua de sua reintegração social mesmo após cessada a internação, “em razão do estigma que o paciente carrega” (PRADO e SCHINDLER, 2017, p. 648). Este fenômeno de estigmatização ocorre, inclusive, de forma semelhante com os delinquentes imputáveis, submetidos ao sistema das penas privativas de liberdade, já que a organização manicomial “reforçada na própria Lei de Execução Penal, [...] remete explicitamente ao modelo carcerário” (CARVALHO, 2015, p. 506), o que reafirma essa correspondência.

Para mais, é problemático enxergar o Direito Penal como instrumento de potencial terapêutico. Adotada tal perspectiva ilusória de sistema punitivo curativo, afasta-se a necessidade de uma justificação mais concreta e elaborada, vez que a sanção aplicada é vista menos como violência estatal, e mais como meio gerador de consequências positivas aos indivíduos (HASSEMER, 2007, p. 75). Diante disso, sendo a medida de segurança modalidade autêntica de pena ou não, fato é que sua aplicação está centrada no Direito Penal, sua regência se dá por normativas que constam nas legislações penais e são, por isso, orquestradas segundo uma lógica punitiva. Em função de serem a internação e o tratamento ambulatorial (como o nome já diz) tratados como formas terapêuticas, há certo apaziguamento crítico para com a necessidade de fundamentações mais concretas de sua validade e aplicação (HASSEMER, 2007). Não obstante, sabe-se que “o estabelecimento do consenso não pode depender do processo penal, mas do emprego do dissenso acompanhado da técnica adequada e digna do ser humano” (HASSEMER, 2007, p. 76).

Portanto, a despeito de a medida de segurança ser considerada por boa parte da doutrina como instituto distinto da pena tradicional⁷, Winfried Hassemer recorda que “mesmo quando o Direito Penal renuncia aos instrumentos do carcereiro, ele não poderá obter aqueles do médico” (2007, p. 75). Dessa maneira, não se pode perder de vista que “a ‘cura’ como fim da ‘administração’ da justiça é um veneno” que deve ser dosado de maneira cuidadosa e exata” (HASSEMER, 2007, p. 76).

Além disso, a dogmática penal decorre da sistematização das nor-

7 Para um apanhado do entendimento doutrinário brasileiro, ver: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 678 e ss.

mas e representa a limitação da prática punitiva pelo Estado. A transformação do direito em uma ciência empresta legitimidade ao sistema jurídica porque afasta os julgamentos de insegurança. Alçar o direito ao patamar das ciências sociais, portanto, significa retirar, ao máximo, categorias subjetivas, em prol da racionalização da aplicação da lei, uniformização e previsibilidade das decisões (ANDRADE, 2009).

No entanto, a identificação do direito com a ciência não altera somente as normas tidas em abstrato, mas condiciona a sua aplicação a partir de métodos supostamente científicos, os quais privilegiam postulados como o da segurança jurídica e o da igualdade perante a lei. Nesse sentido, as esferas *objetivas* do direito criminal, que revelam o conteúdo das normas e seus pressupostos de aplicabilidade não repercutem somente na ordem abstrata da vida, pelo contrário, influem com veemência na *vida real*.

Ocorre que, ao contrário do que se possa pensar, se os pressupostos repressores próprios das penas *scritto sensu* incidem sobre os inimputáveis e semi-inimputáveis, o mesmo não ocorre com alguns “benefícios” processuais. Se por um lado o sujeito imputável é condenado e lhe é aplicada pena restritiva de liberdade, o julgador pode lhe aplicar penas *alternativas* à prisão, por outro, ao agente inimputável – que sequer chega a ser propriamente condenado – resta, unicamente, as medidas de internação ou tratamento ambulatorial.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 120) atentam para a forma *sui generis* das medidas de segurança. São formalmente penais, já que são previstas na lei penal, e materialmente administrativas, tendo em vista que não decorrem de condenação. Sabendo desse paradoxo, doutrinas mais modernas (MATTOS, 2006; QUEIROZ, 2011) caminham no sentido de balizar o julgamento penal dos inimputáveis ao princípio da individualização da pena, aplicando-lhes as “garantias inerentes ao *status* jurídico de réu” (CARVALHO, 2015, p. 527).

A cadeia de legitimidade do direito penal impõe a anterioridade da lei penal, com previsão da sanção aplicável, a qual recai sobre uma conduta específica. Os pormenores de cada caso alteram os graus de reprovabilidade da conduta e, conseqüentemente, têm o condão de alterar, também, a quantidade de pena cominada. Veja-se que se A (20 anos) e B (22 anos) cometem igual crime em iguais circunstâncias, as

penas já não serão as mesmas, por força da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, que minora a pena dos agentes menores de 21 anos. O cálculo da pena a cada caso, então, garante a individualização da responsabilidade penal.

Contudo, embora a medida de segurança se volte à prevenção especial, ou seja, especificamente à recuperação do indivíduo, a sanção não é aplicada de acordo com a individualidade de cada sujeito, o que põe o inimputável em absoluta desigualdade. Uma alternativa seria a oferecida por Queiroz (2011, p. 458), que propõe que seja feita a dissimetria da pena em todos os casos e, apenas posteriormente, o juiz *substituiria a pena* por medida de segurança por igual prazo.

Pode ser que o raciocínio jurídico pela individualização da responsabilidade seja, agora, intuitivo. Não poderia estar mais equivocado. Por muito tempo vigorou, no Brasil, as medidas de segurança por tempo indeterminado, e não raro sabia-se de histórias de internações desmedidas. Foi apenas em 2005, nos autos do HC 84.219, que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a questão: o tempo indeterminado de custódia viola a proibição constitucional às prisões perpétuas (art. 5º, XLVII, *b*, CF/88)? Na oportunidade a Corte declarou, enfim, a inconstitucionalidade da interpretação de perpetuidade das medidas de segurança, as quais passaram a balizar-se pelo tempo máximo das penas restritivas de liberdade - à época, antes do advento do “Pacote Anticrime”, 30 anos.

Parece não haver dúvida de que o poder público é responsável por cuidar de infratores com doença mental. No ímpeto de responder que o doente mental não deve ser tratado como um criminoso, uma vez que não pratica crime, o que se demonstra é o distanciamento parcial da esfera penal - tratar-se-ia, de direito sanitário ou, nas palavras de Paulo Jacobina (2008, p. 133), “um tratamento imposto no âmbito de um processo penal, por um juiz com competência penal, mas sob um discurso sanitarista”. Por isso, diz-se afastamento parcial, já que o indivíduo passa a ser tratado como *paciente* e submetido a uma medida de segurança que - não tendo caráter criminal - pode durar quanto tempo for preciso (JACOBINA, 2008).

Ou seja, o apoio e o enaltecimento da medicina e da psicologia no tratamento de doentes mentais com histórico criminal não vem, de

antemão, acompanhado dos direitos básicos do cidadão. O discurso sanitarista abriu margem para instaurar, no Brasil, um procedimento de total exceção. Se as medidas de segurança e os manicômios judiciais estão trabalhando a todo vapor desde 1940, foi apenas em 2005 que se reconheceu a ilegitimidade e a inconstitucionalidade de medidas de segurança em caráter perpétuo.

A princípio, tratar a doença mental pelo campo sanitário não parece absurdo, embora seja a linha de raciocínio utilizada para subverter as garantias constitucionais fundamentais. O tratamento psiquiátrico pretende-se em favor do sujeito com transtorno mental, mas se mostra benéfico apenas para a sociedade invadida pela ameaça de um inimpunível que cometeu injusto penal (JACOBINA, 2008). Ao mesmo tempo, se se considerar o doente mental como um imputável, falta sensibilidade e coerência do sistema, já que a doença mental retira do indivíduo a capacidade de determinar-se e, por decorrência lógica, retira também a responsabilidade absoluta por seus atos (JACOBINA, 2008).

Tudo isso ocorre porque os marcos sanitários adotados pelo direito penal brasileiro ainda são aqueles anteriores à Reforma Psíquica, que mostra relevância ímpar no cenário atual para aprimorar o tratamento dado a doentes mentais e devolver-lhes o status de cidadãos. Pune-se, sim, sujeitos inimpuníveis. E mais: com fundamento em normas formalmente inválidas, cujas repercussões, embora incompatíveis com os demais diplomas legais e constitucionais supervenientes, permanecem.

5. CONCLUSÃO

Após toda essa digressão, passando pela formação e consolidação das medidas de segurança, fica cristalizada a ambiguidade que permeia o instituto. Se por um lado propõe-se o tratamento de pessoas, de outro, a medida retira dos indivíduos justamente seus atributos de humanidade. Como expressão da mais negativa gestão de corpos realizada pelo Estado, os não-mais-sujeitos institucionalizados são cerceados de sua liberdade e negados de sua autonomia pela lógica necrofilica do Direito Penal.

A História revela que o cerne da ideia de controle dos sujeitos em sofrimento mental se pauta no estigma, e nunca no acolhimen-

to, nunca no cuidado com as necessidades e vulnerabilidades. Hoje, apesar das significativas mudanças formais, do ponto de vista prático o discurso permanece reverberando ações higienistas e de autêntica neutralização. Não há, portanto, concretude suficiente derivada das mobilizações legislativas. As alterações mais que bem-vindas da Reforma Psiquiátrica, por ora, continuam *reformas de papel*, meramente simbólicas – sem aplicação prática, sem força para contornar a realidade estigmatizante vivida pelos indivíduos submetidos às internações.

Em perspectiva, acredita-se que o principal passo é ir além de dizer que se trata de um problema de saúde pública. Assim como a questão da descriminalização das drogas, a descriminalização da loucura deve se tornar pauta, a fim de que se supere a instrumentalização protetivo-curativa do Direito Penal (HASSEMER, 2007) e haja pretensão terapêutica real, vinculada ao sistema de saúde – e não ao poder de polícia. Os juristas devem se curvar – dessa vez, não apenas parcialmente – ao movimento antimanicomial que há tempos denuncia a impossibilidade de reintegração social através de abordagens compulsórias, coativas e repressoras.

Todos os caminhos apontam, enfim, para a adequação estrutural da loucura não somente dentro da esfera penal – da sociedade em geral. O sistema ideal para os *loucos* não pode ser outro senão o agregado transdisciplinar e democrático (JACOBINA, 2008). Os procedimentos democráticos põem o poder público à prova uma vez que exigem a participação popular e o exercício pleno da cidadania. A harmonização do tratamento da loucura com os valores democráticos demanda o retorno à sempre atual questão que se debruçam os pensadores do Direito Penal dos mais remotos tempos: os fundamentos e funções sociais das punições.

6. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico?. In: *Revista Sequência*, nº 59, p. 161-192, dez. 2009.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ*. Belo Horizonte, p. 37-52, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848. “Código Penal”. 1940.

_____. Decreto-Lei nº 3.689. “Código de Processo Penal”. 1941.

_____. Lei nº 10.216. “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 3323. Relator Ministro Flaquer Scartezini, julgado em 07.03.1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus (HC) nº 84219. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.08.2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 23 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAETANO, Haroldo. *Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários*. Tese (doutorado). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITEN-

CIÁRIA. *Resolução n. 4, de 30 de julho de 2010*. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes Judiciários e Execução da Medida de Segurança. D.O.U. Brasília, 2 ago. 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. Loucura, literatura e psicologia. In: MOTTA, Manoel Barbosa (Org.). *Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional. In: GARGARELLA, Roberto (coord). *Teoría y Crítica del Derecho*, tomo I, p. 521-530. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, Agosto, 2017.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: UFSC, 2012.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª edição. Lisboa: Vega, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. (Orgs.). *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, p. 121-151, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro*, volume 2, tomo 2. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

FACIAL RECOGNITION, LAW ENFORCEMENT AND THE IDENTITY-AUSTRALIAN MATCHING SERVICES ('IMS') BILL

RECONHECIMENTO FACIAL, APLICAÇÃO DA LEI E O PROJETO DE LEI IDENTITY-MACHING SERVICE (IMS) AUSTRALIANO

Shana Schlottfeldt¹

Abstract: This paper focus on the use of facial recognition technology ('FRT') by Australian government for the purpose of law enforcement. The use of FRT to law enforcement presents several challenges (risks) for which there are no easy solutions, but that need to be recognized more broadly, such as the lack of accuracy, bias, impact on civil liberties (privacy), security risks. This research has a qualitative nature and was developed through bibliographic research. Part I describes how FRT works and its risks. Part II makes considerations on the employment of FRT in Australia to identity-matching. Part III talks about the Identity Matching Services ('IMS') Bill, introduced in 2018 to facilitate the sharing of identification information (including facial images) within the government; this legislation lapsed on the dissolution of parliament and, as will be discussed, at least how it is now, it should not be revived.

Keywords: Biometrics. Facial recognition. Identity matching. Human rights. Australia.

¹ Ph.D. in Informatics from University of Brasília. M.S. in Informatics from Universidad Carlos III de Madrid. LLB exchange student at Australian National University. LLB student at University of Brasília.

Resumo: Este artigo enfoca o uso da tecnologia de reconhecimento facial (FRT) pelo governo australiano para fins de aplicação da lei. O uso da FRT para aplicação da lei apresenta vários desafios (riscos) para os quais não há solução fácil, mas que precisam ser reconhecidos de forma mais ampla, e.g., falta de precisão, preconceito, impacto nas liberdades civis (privacidade) e riscos de segurança. Esta pesquisa possui natureza qualitativa e foi desenvolvida ao por meio de pesquisa bibliográfica. A Seção I descreve como a FRT funciona e seus riscos. A Seção II faz considerações sobre o emprego da FRT na Austrália para fins identificação. A Seção III fala sobre o Projeto de Lei “Identity Matching Services” (IMS), lançado em 2018 para facilitar o compartilhamento de informações de identificação (incluindo imagens faciais) dentro do governo; essa legislação caducou com a dissolução do parlamento e, como será discutido, pelo menos como está agora, não deve ser re-presentada.

Palavras-chave: Biometria. Reconhecimento facial. Identificação. Direitos humanos. Austrália.

Submissão: 29/03/2020

Aceite: 27/06/2020

INTRODUCTION

The use of biometrics in law enforcement investigation and other applications has significantly increased in the last few years (LYON, 2008, p. 500). According to the International Standards Organisation, *biometric recognition* is the ‘automated recognition of individuals based on their biological and behavioural characteristics’, (e.g., fingerprint, DNA, eye retina and irises, voice, facial image, gait and keystroke patterns); and *automated recognition* ‘implies that a machine-based system is used for the recognition, either for the full process or assisted by a human being’ (ISO/IEC, 2017). In this sense, *facial recognition technology* (‘FRT’) is the automated process of one-to-many ‘matching’ faces to determine whether they represent the same individual, utilizing biometric scanning technologies and algorithms (BIOMETRICS GROUP, 2019, p.1; GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 116).

This paper focus on the use of FRT by government for the purpose of law enforcement. Part I describes how FRT works and its risks. Part II makes considerations on the employment of FRT in Australia to identity-matching. Part III talks about the Identity Matching Services (‘IMS’) Bill, introduced in 2018 to facilitate the sharing of identification information (including facial images) within the government; this legislation lapsed on the dissolution of parliament and, as will be discussed, at least how it is now, it should not be revived.

I HOW DOES FRT WORK AND WHAT ARE THE RISKS?

FRT generally performs at least one of three things (LYNCH, 2018, p. 5-6):

- Identify an unknown person (e.g., from a surveillance camera footage).
- Confirm the identity of a known person (e.g., to unlock a smartphone).
- Look for multiple specific, previously-identified faces (e.g. wanted persons on a subway platform, shoppers in a store, card counters at a casino).

In order to identify an individual, the algorithm proceeds through the following steps (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 9, 46; ADLER, SCHUCKERS, 2007, 1248-49; RICANEK, BOEHNEN, 2012, p. 95; LYNCH, 2018, p. 4-6; WOODWARD JR et al, 2003, p. 3-4):

- Face detection: find the person within the photo or video segment.
- Normalization: once detected, the face is scaled, rotated and aligned, in order to be easier for the algorithm to compare the images at the 'same position'.
- Extraction of features: attributes that can be numerically quantified (e.g., skin texture, eye distance, shape of chin) are identified. FRT records not the face itself, but the spatial geometry of distinguishing features of the face.
- Pair comparison: the algorithm check pairs of faces (the image is compared to other faces previously collected and stored in a repository) and returns a numerical score indicating their features similarity.

As can be apprehended, FRT is intrinsically probabilistic. Its output is not a binary answer, but a probability match score between the searched face and faces stored in a database. Generally, FRT will return those photos above a similarity threshold, ranked in likelihood order of correct identification (LYNCH, 2018, p. 6).

The use of FRT to law enforcement presents several challenges (risks) for which there are no easy solutions, but that need to be recognized more broadly. Following, we approach some of them.

A ACCURACY

FRT is less accurate than, for instance, fingerprinting, especially when used in real-time or on large databases (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 3, 46). Several factors influence a match probability/accuracy, such as (BIOMETRICS GROUP, 2019, p. 2; HAMANN, SMITH, 2019):

- The quality of the images (lighting, background, resolution, angle, facial expression, etc.).
- The environmental conditions where the image is captured (lighting, camera position, etc.).
- The size of the watchlist (dataset).

- The thresholds of match.
- The changes face suffers over time (e.g., body weight, facial hair, hairstyle, and the effects of aging).
- A near real-time response or not.
- If there is human action after machine-generated biometric match, and if this person is trained. It has been shown to be beneficial that human double-check the results of FRT, but, without specialized training, in half of the time, human users make the wrong decision about a match (WHITE et al, 2015, p. 6).

Since FRT vary in its ability to identify people, it should report its rate of errors, i.e., the number of false positives (aka ‘false accept rate’) and false negatives (aka ‘false reject rate’), which not always happens (LYNCH, 2018, p. 6).

B. BIAS

Worries with efficacy extend to ethical considerations (INTRONA, NISSEMBAUM, 2009, p. 72). Concerns about potential gender and racial bias within FRT have already been raised (BOULAMWINI, GEBRU, 2018, p. 2-3). Pairs of photos of the same person are presented to the FRT algorithm during training; over time, the algorithm learns ‘to concentrate’ on the most relevant features. If a training dataset is composed by more samples representing a certain group, the algorithm may learn to better identify members of that group (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 9). This is behaviour similar to the ‘other-race effect’, a phenomenon in which people have difficulty telling apart individuals of a different race to their own (ANU, 2019; McKONE et al., p. 1). Studies have shown that FRT misidentified ‘people of colour and ethnic minorities, young people, and women’ at higher rates than ‘whites, older people, and men’ (BOULAMWINI, GEBRU, 2018, p. 2-3; BIOMETRICS GROUP, 2019, p. 2). The formers, trigger more false positive recognition, and this kind of inaccuracy has impact on the ‘presumption of innocence’ by placing on them, the onus to show that they are not who the FRT identifies (LYNCH, 2018, p. 10).

C. IMPACT ON CIVIL LIBERTIES (PRIVACY)

Most of the technology used to track a person aim at belongings, e.g., cell phone, car, and computer. FRT takes tracking to a new level, they ‘pursue’ the person’s body. The distinction is meaningful: you can dispose of your belongings, although your face... (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 9). Furthermore, FRT can be more invasive than other forms of biometric identification (MANN, SMITH, 2017, p. 125): they can do the tracking remotely, in secrecy, and on a great amount of people (WOODWARD JR et al., 2003, p. 3-4).

Moreover, agencies are targeting to add ‘crowd, closed circuit television (‘CCTV’), driver’s license photographs, social media’ to their databases (MANN, SMITH, 2017, p. 121). In this case, anybody, even if not suspected of a crime, could end up in a database without their knowledge (RECTOR, KNEZEVICH, 2016; STONE, ZICKLER, DARRELL, 2010, p. 1408). This kind of surveillance threatens free speech and freedom of association (BIG BROTHER WATCH, 2018, p. 41), having a chilling effect on willingness to engage in public debate, to publicly disclose political views, to associate with others whose religion, values or political views may be considered different from the majority, generating what is called the ‘spiral of silence’ (STOYCHEFF, 2016, p. 297-299).

D. SECURITY RISKS

Like any other data, government data is also at risk of misuse and breach whether by:

- Insiders (e.g., in 2013, workers of the US National Security Agency (‘NSA’) were caught using surveillance records to spy on spouses, girlfriends, and boyfriends) (SELYUKH, 2013; GELLMAN, 2013).
- Outsiders (e.g., hackers. In June 2019, the UK Eurofins Forensics Services (‘EFS’) suffered a cyber-attack. EFS handles about 90% of England and Wales complex forensics toxicology work (over 70,000 criminal cases in the UK each year). A ransom to unlock the frozen accounts was established although it is not clear if EFS paid it) (HOUSE OF COMMONS SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, 2019, p. 9; SHAW, 2019).

Nonetheless, as mentioned, biometrics is unique to the person and cannot be easily changed, so, the consequences of a breach of face recognition could be more serious than other identifying data (LYNCH, 2018, p. 11).

E. CRIMINAL INVESTIGATION V LAW-ABIDING PEOPLE

Biometrics is being used in a way it has never done before. Historically, fingerprint and DNA databases have been made up of information from criminal arrests or investigations. By running face recognition searches, agencies have built a biometric network that primarily includes law-abiding people. This is unprecedented (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 2).

II USE OF FRT IN AUSTRALIA

As can be seen, the use of FRT represents a point of tension between collective security and individual privacy (MANN, SMITH, 2017, p. 121; DIXON, 2019, p. 12).

Countries as the UK, US and Russia have integrated FRT with CCTV (known as ‘Smart CCTV’) and some Australian Jurisdiction, as Northern Territory and Queensland, as well. In New South Wales, FRT was introduced through an amendment to the regulations governing drivers’ licenses (NEC, 2015; MANN, SMITH, 2017, p.123; PETRIE, 2018, p. 5; NSW, 2009).

Several advantages have been appointed in the use of FRT (NEC, 2015):

- The system allows fast search through a photography database and match against any image or CCTV footage, as well as photos taken from body-worn camera videos, drones and phone images.
- Compared to fingerprinting, face images can be captured from a distance without touching the person being identified.
- The technology is helping reduce investigation time by enabling investigators to quickly identify or rule out suspects soon after a crime has been committed.

- It could assist police to identify missing persons (including who suffer from dementia or other similar health issues).

The annual cost of identity crime (in which a perpetrator uses a fabricated, manipulated or stolen identity to facilitate the commission of a crime) in Australia is estimated in \$2.65 billion (JORNA, SMITH, 2018, p. x). And FRT could help prevent it.

FRT has long been used for immigration control and the issuing of visas. The Migration Act 1958 authorizes the collection of biometric data, including face images, from people (whether citizens or non-citizens) entering or leaving Australia; moreover, visa applicants located in certain countries are asked to supply biometric information (generally their fingerprints and facial image) during the application process (PETRIE, 2018, p.5).

FRT is used by airport SmartGates to check a traveller's identity by matching a live image captured at the SmartGate with the person ePassport photo, without needing to present the passport (O'SULLIVAN, 2018).

In 2015, the Commonwealth government announced that a National Facial Biometric Matching Capability ('NFBMC') was expected to function in 2016, enabling agencies to share facial information for the purpose of FRT (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT, 2015). NFBMC has not been settle yet, but it is worth noting that it is being established through administrative processes in a way that 'does not require expanded police powers or the introduction of specific Commonwealth legislation', i.e., outside of a legislative framework, which weakens external scrutiny (MANN, SMITH, 2017, p. 127-128).

In 2016, under the Australian Criminal Intelligence Commission effort to integrate all police information systems, including biometric databases held by Australian police (state, territory and federal), NEC was contracted to implement the Biometric Identification Services (BIS) (AUSTENDER, 2016). The BIS was expected to form part of the NFBMC. Nevertheless, the project was discontinued in June 2018 due to a 'cost spiral' and a 'systemic pattern of delay', confirmed by the Australian National Audit Office ('ANAO') (AUSTRALIAN CRIMINAL INTELLIGENCE COMMISSION, 2018; HENDRY, 2018; AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE, 2019). Now, NEC is suing the government for their losses (SHARWOOD, 2019).

As often is the case, there is a lag between technological improvements and regulation, especially FRT (MANN, SMITH, 2017, p. 121-122). In the USA, for instance (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 35):

- 17 states regulated geolocation tracking.
- 13 states regulated the use of drones by the police.
- 9 states regulated police use of automated license plate readers.
- But not a single state has passed a law about the use of FRT.

In Australia, with the lack of a ‘constitutional bill of rights or a cause of action for serious invasion of privacy, there are limited protections in relation to biometric information’ (MANN; SMITH, 2017, p. 121-122). Although the Australian case *R v Tang* allowed facial mapping expert evidence (under the condition that the expert does not make positive identifications), there is no precedent for the use of FRT for positive identifications in criminal cases in Australia (*R v TANG*, 2006, §§ 681, 697 [57], 712 [135], 713-14 [143]-[146]). Australian authorities ‘have begun amending legislation to enable driver licence photograph databases to be shared with federal agencies’ (SMITH; MANN; URBAS, 2018, p. 54). Under these amendments, photos may be released for investigation of ‘terrorism offence’, ‘threat of a terrorist act’ and ‘terrorist act’, or even a ‘relevant criminal activity’ (MANN; SMITH, 2017, p. 126). The global ‘war on terror’ and concerns about security have been leading to legislative and executive measures that can be seen, sometimes, as a disproportionately intrusive erosion of civil liberties (COPER, 2007, p. 4). As consequence, the adoption of FRT is happening without serious supervision, without accuracy testing in the field, and without the ‘enactment of legal protections to prevent internal and external misuse’ (LYNCH, 2018, p. 1). Add to this, concerns related to information provided for a specific use being accessible for another purpose for which consent was neither solicited nor obtained (NICHOLLS, 2015).

III THE IDENTITY-MATCHING SERVICES BILL

In February 2018, the Commonwealth Government introduced the Identity-matching Services Bill 2018 (‘IMS Bill’) to establish a framework for sharing identification information – including facial

images held in government databases (e.g., driver license, passport, and visa photographs) – between the federal, state and territory government agencies (and even some private organisations) for the purposes of identity-matching (PETRIE, 2018, p. 3-5). The IMS Bill (DEPARTMENT OF HOME AFFAIR, 2019):

- Authorises the Department of Home Affairs to collect, use and disclose identity-matching information.
- Specifies identity-matching services (e.g., the Face Verification Service and the Face Identification Service).
- States the necessity of a legal basis for collecting and disclosing personal information, although do not establish this legal basis.
- Creates an offence for entrusted persons to record or disclose protected information in connection with the services and define circumstances where disclosure will be authorized.

In April 2019, the Bill lapsed on the dissolution of parliament (PARLIAMENT OF AUSTRALIA, 2019). Legislation is an important option for addressing FRT matter, but the IMS Bill presents key issues that should be addressed before considering revive it, including (PETRIE, 2018, p. 17-28):

- Concerns that the broad scope of the Bill ‘may enable substantial infringements on privacy rights, allowing disclosure of personal information for an extremely wide range of purposes’.
- The Bill ‘provides inadequate protection against misuse of ... information’, and it ‘does not include key safeguards contained in the [Intergovernmental Agreement on Identity Matching Services] IGA (COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS, 2017), such as access criteria and limitations on the amount of information released by the identity-matching systems’.
- Private sector access is another concern (it is questioned if it is appropriate).

The literature proposes certain recommendations that should be considered when proposing a bill that deals with FRT, and which the IMS Bill should take into account (GARVIE, BEDOYA, FRANKLE, 2016, p. 35, 62; LYNCH, 2018, p. 24-27; BIG BROTHER WATCH, 2018, p. 41):

- Impose limits on law enforcement face recognition.
- Limit the collection of data to the minimum necessary to achieve

the government's stated purpose.

- Define clear rules on the legal process required for collection.
- Limit the amount and type of data stored and retained.
- Limit retention period.
- Define simple and clear methods for an individual to request biometric removal from the system.
- Limit the association of biometric data in a single database (otherwise, it would increase the potential harm in case of data breach).
- 'Define clear rules for use and sharing (biometrics collected for one purpose should not be used for another)'.
- Enact robust security procedures.
- Define clear notice requirements (due to the fact that face prints can be collected without a person's knowledge).
- Define and standardize audit trails and accountability throughout the system.
- Ensure independent oversight.

IV. CONCLUSION

There are many benefits in the use of FRT, but also associated issues and controversy. On the one hand, FRT is helping achieve a rapid and efficient law enforcement response. On the other hand, FRT impacts peoples' privacy in many ways and will spark even more discussion about privacy boundaries. The use of FRT in Australia is growing, but it lacks a clear legal framework outlining FRT deployment to support law enforcement practices. As the technology improves, FRT role will continue to expand. In this scenario, it is important to try to reach a harmony between the right to privacy (private) and the need for information (public).

V. BIBLIOGRAFY

ADLER, A.; SCHUCKERS, M. E. Comparing Human and Automatic Face Recognition Performance. *IEEE Trans Syst Man Cybern B Cybern*, v. 37, n. 5, 1248-1260. 2007.

ANU. Early Exposure Key to Recognising ‘Other-race’ Faces. Australian National University (ANU), Newsroom, 13 September 2019. Disponível em: <<https://www.anu.edu.au/news/all-news/early-exposure-key-to-recognising-%E2%80%98other-race%E2%80%99-faces>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ATTORNEY-GENERAL’S DEPARTMENT (Cth). *National Facial Biometric Matching Capability - Privacy Impact Assessment*: Interoperability Hub. August 2015.

AUSTENDER. *Contract Notice View - CN3343259*: Biometric Identification Services. Australian Government’s Procurement Information System web page, 23 May 2016. Disponível em: <<https://www.tenders.gov.au/Cn/Show/9156D484-FC31-5306-F65D-62AC112F52AE>>. Acesso em 20 nov. 2019.

AUSTRALIAN CRIMINAL INTELLIGENCE COMMISSION. *Biometric Identification Services Project to Close*. Australian Criminal Intelligence Commission web page, 15 June 2018. Disponível em: <<https://www.acic.gov.au/media-centre/media-releases-and-statements/biometric-identification-services-project-close>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. *Report No 24 of 2018–2019*. The Australian Criminal Intelligence Commission’s Administration of the Biometric Identification Services Project, 21 January 2019.

BIG BROTHER WATCH. *Face Off: the Lawless Growth of Facial Recognition in UK Policing*. London: Big Brother Watch, May 2018.

BIOMETRICS GROUP. *Ethical Issues Arising from the Police use of Live Facial Recognition Technology*. Biometrics and Forensics Ethics Group Facial Recognition Working Group (‘Biometrics Group’). Interim report, February 2019.

BUOLAMWINI, J.; GEBRU, T. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. *Conference on Machine Learning Research*, v. 81, n. 1, 1-15, 2018.

COPER, M. *Three Good Things and Three Not-So-Good Things about the Australian Legal System*. International Association of Law Schools Conference, Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World. Kenneth Wang School of Law,

Soochow University, Suzhou, China, 17-19 October 2007.

COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS. Intergovernmental Agreement on Identity Matching Services. October 2017. Disponível em: <<https://www.coag.gov.au/sites/default/files/agreements/iga-identity-matching-services.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DEPARTMENT OF HOME AFFAIR. *Face Matching Services*. Fact Sheet, 2017. Disponível em: <<https://www.homeaffairs.gov.au/criminal-justice/files/face-matching-services-fact-sheet.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DIXON, R. Functionalism and Australian Constitutional Values in DIXON, R. (ed), *Australian Constitutional Values*. Oxford: Hart Publishing, 2018.

GARVIE, C.; BEDOYA, A. M.; FRANKLE, J. *The Perpetual Line-up: Unregulated Police Face Recognition in America*. Washington: Law Center Center on Privacy & Technology, Georgetown University, 2016.

GELLMAN, B. NSA Broke Privacy Rules Thousands of Times per Year, Audit Finds. *The Washington Post*, 15 August 2013. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-broke-privacy-rules-thousands-of-times-per-year-audit-finds/2013/08/15/3310e554-05ca-11e3-a07f-49ddc7417125_story.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

HAMANN, K.; SMITH, R. Facial Recognition Technology: Where Will it Take Us?. *American Bar Association Criminal Justice Magazine*, Spring 2019. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal-justice-magazine/2019/spring/facial-recognition-technology/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

HENDRY, J. NEC Loses National Biometrics Database Project. *IT News*, 15 June 2018. Disponível em: <<https://www.itnews.com.au/news/nec-loses-national-biometrics-database-project-494059>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

HOUSE OF COMMONS SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE. *The work of the Biometrics Commissioner and the Forensic Science Regulator*. Report of Session, 17 July 2019.

INTRONA, L. D.; NISSENBAUM, H. *Facial Recognition Technology: a Survey of Policy and Implementation Issues*. New York: The Center for Catastrophe Preparedness & Response, New York University, 2009.

ISO/IEC. ISO 2382-37: Information technology - Vocabulary - Biometrics. 2017.

JORNA, P.; SMITH, R. G. *Identity crime and misuse in Australia 2017*. AIC Statistical Report 10, 31 December 2018.

LYNCH, J. *Face Off: Law Enforcement Use of Face Recognition Technology*. San Francisco: Electronic Frontier Foundation, 2018.

LYON, D. Biometrics, Identification and Surveillance. *Bioethics*, v. 22, n. 9, 499-508. 2008.

MANN, M.; SMITH, M. Automated Facial Recognition Technology: Recent Developments and Approaches to Oversight. *UNSW Law Journal*, v. 40, n. 1, p. 121-145, 2017.

McKONE, E.; WAN, L. PIDCOCK, M.; CROOKES, K.; REYNOLDS, K.; DAWEL, A.; KIDD, E.; FIORENTINI, C. A Critical Period for Faces: Other-race Face Recognition is Improved by Childhood but not Adult Social Contact. *Nature, Scientific Reports*, v. 12820, n. 9, 1-13, Sep. 2019.

NEC. *NEC Facial Recognition Helps NT Police Solve Cold Cases and Increase Public Safety in Australia*. NEC Web page, 1 September 2015. Disponível em: <https://www.nec.com/en/press/201509/global_20150901_02.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

NICHOLLS, S. Crime Commission Granted Access to Photographs of NSW Citizens to Aid Terrorism Fight. *The Sidney Morning Herald*, 18 October 2015. Disponível em: <<https://www.smh.com.au/national/nsw/asio-crime-commission-granted-access-to-photographs-of-nsw-citizens-to-aid-terrorism-fight-20151018-gkboxa6.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

NWS. *Road Transport (Driver Licensing) Amendment (Facial Recognition Technology) Regulation 2009 under the Road Transport (Driver Licensing) Act 1998*.

O'SULLIVAN, M. *Your Face Will Be Your Passport: Sydney Airport to Trial Biometrics*. *Sidney Morning Herald*, February 2018. Disponível em: <<https://www.smh.com.au/business/companies/your-face-will-be-your-passport-sydney-airport-to-trial-biometrics-20180221-p4z14p.html>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

PARLIAMENT OF AUSTRALIA. *Identity-matching Services Bill 2018 Information*. ParlInfo Search v1.30.0 web page. Disponível em: <<https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;-query=Id:%22legislation/billhome/r6031%22>>. Acesso em: 2 set. 2019.

PETRIE, C. *Identity-matching Services Bill 2018 and Australian Passports Amendment*. *Identity-matching Services*. Bill 2018. Bills Digest No 110, 2017-18, 22 May 2018.

R v Tang (2006) 65 NSWLR 681.

RECTOR, K.; KNEZEVIĆ, A. Maryland's Use of Facial Recognition Software Questioned by Researchers, Civil Liberties Advocates. *The Baltimore Sun*, 18 October 2016. Disponível em: <<https://www.baltimoresun.com/news/crime/bs-md-facial-recognition-20161017-story.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RICANEK, K.; BOEHNEN, C. Facial Analytics: From Big Data to Law Enforcement. *Computer*, v. 45, n.9, 95-97. 2012.

SELYUKH, A. NSA Staff Used Spy Tools on Spouses, Ex-lovers: Watchdog. *Reuters*, 28 September 2013. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-usa-surveil-lance-watchdog/nsa-staff-used-spy-tools-on-spouses-ex-lovers-watchdog-idUSBRE98Q14G20130927>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SHARWOOD, S. NEC Sues Feds over Binned Biometric Identification Services Project. *IT News*, 19 July 2019. Disponível em: <<https://www.itnews.com.au/news/nec-sues-feds-over-binned-biometric-identification-services-project-528468>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SHAW, D. *Eurofins Scientific*: Forensic services firm paid ransom after cyber-attack. *BBC News*, 5 July 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-48881959>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SMITH, M.; MANN, M.; URBAS, G. Facial Recognition in *Biometrics, Crime and Security*. Oxon: Routledge, 2018.

STONE, Z.; ZICKLER, T.; DARRELL, T. Toward Large-Scale Face Recognition Using Social Network Context. *Proceedings of the IEEE*, v. 98, n. 8, 1408-1415, 2010.

STOYCHEFF, E. Under Surveillance: Examining Facebook's Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring. *JOURNALISM & MASS COMMUNICATION QUARTERLY*, v. 93, n. 2, 296-311, 8 March 2016.

WHITE, D.; DUNN, J. D.; SCHIMD, A. C.; KEMP, R. I. Error Rates in Users of Automatic Face Recognition Software. *PLoS ONE*, v. 10, n. 10, 1-14, 2015.

WOODWARD JR, J. D.; HORN, C.; GATUNE, J.; THOMAS, A. *Biometrics: a Look at Facial Recognition*. (Documented Briefing). Santa Monica: RAND Public Safety and Justice, 2003.

ISSN: 1981-8684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)