

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

DIREITO

E

INTERDISCIPLINARIDADE



FUPAC-MARIANA

Apresentamos a mais nova coletânea de artigos científicos e de ensaios acadêmicos produzidos pelos professores e alunos do Curso de Direito.

Magna Campos



FUPAC-MARIANA
2017

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
(COORDENADORA)

DIREITO E
INTERDISCIPLINARIDADE

1ª Edição

MARIANA,
FUPAC-MARIANA
2017

Ficha catalográfica

DIREITO E INTERDISCIPLINARIDADE

Fundação Presidente Antônio Carlos (coordenadora). Direito e interdisciplinaridade. 1 edição. Mariana: FUPAC-MARIANA, 2017. 443 p.

ISBN: 978-85-98974-21-7

Coletânea de textos do 5º Concurso de Ensaaios Acadêmicos da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana e de artigos científicos dos professores da instituição.

Capa e diagramação: Magna Campos

1. Direito. 2. Atualidades Jurídicas. 2. Ensino Jurídico. 4. Direito: contemporaneidade e ensino. 5. Interdisciplinaridade.

** A revisão textual é de responsabilidade dos autores de cada ensaio ou artigo do livro.*

AUTORES

Alexandre Guilherme dos Santos,
Antonio Oliveira
Berenice Silveira de Sousa Andrade
Carlos Randel Crepalde Mafra
Celso Carvalho
Crovymara Batalha
Deborah Paz
Elione de Jesus Gomes Costa
Fabiano César Rebuzzi Guzzo
Gabriela Fritz
Igno Borges
Israel Quirino
Lucas Ribeiro de Souza Guerra
Luís Henrique Ferreira Campos de Almeida
Magna Campos
Marcus Mareano
Michele Aparecida Gomes Guimarães
Mislaine Júlio
Myong Kum Song
Patrícia Magalhães
Rafaela Freitas
Raphael Furtado Carminate
René Dentz
Thayane Maia

PREFÁCIO

Bem-vindos ao século XXI! Por mais que possa parecer atrasada a exclamação, ela se mostra ainda inserida em significativa tensão. O século XXI apresenta um mundo com enorme complexidade, onde o pensamento é desafiado constantemente a encontrar caminhos não trilhados, a inovar, a pensar diferente e na diferença. No entanto, o “mesmo” ou “mesmidade”, como diria um importante filósofo do século XX, Emmanuel Lévinas, é insistente...

A complexidade em que vivemos se mostra na insuficiência dos métodos antigos e de pensamentos arcaicos para encontrar soluções, mesmo que eles possam parecer o único e natural caminho e que se apresentem como única “salvação”. Podemos notar esse movimento em três campos da existência e do saber, entre outros: na Religião, na Educação e no Direito. A Religião se mostra hoje como uma negação de fundamentos teológicos e de racionalidade, se sustentando em elementos emocionais, a favor do bem-estar individual, como se fosse, em muitos momentos, um objeto de consumo. Como esse processo não pode ser dito e faz-se necessário retirar-lhe qualquer culpa (ou pecado!), ele se transveste em moral, moralismo, fundamentos últimos da existência humana, elementos que são imutáveis e vistos como absolutamente necessários ao bem comum. A tensão ou contradição está instaurada: o Cristianismo, por exemplo, que surgiu a partir de uma relativização da Lei Judaica, como uma proposta de radicalidade no Outro, na diferença, morre... Não faz sentido afirmar a moral absoluta ao negar a diferença, o outro em sua subjetividade e liberdade.

Um movimento parecido verificamos na Educação. As escolas estão perdidas, não sabem lidar com um novo aluno que provém de uma nova configuração familiar e de um novo mundo. É verificável, por exemplo, grande insatisfação na escola, evasão e, ainda mais grave, um índice crescente de suicídio e de automutilação. A família mudou, a relação edípica

mudou, o conhecimento mudou, a tecnologia transformou. No entanto, as escolas ainda continuam insistindo em métodos arcaicos, achando que o real é que deve ser mudado em nome de um ideal (imaginário e paranoico). A saída encontrada por muitas escolas é insistir em se tornar uma escola “forte”, com métodos rígidos, com ensino “puxado”, que prepara para o ENEM, para o vestibular, para o mercado. O grande paradoxo é que este último, tido como parâmetro e uma divindade, não enfatiza mais conhecimentos técnicos e, sim, criatividade, inovação, pensar “fora da caixa”, buscar novos mundos e novos pensamentos. Ou seja, mais uma vez a proposta afirmada se mostra fantasmagórica e cadavérica.

E o Direito? Também vive essa espécie de tensão. Devido a um ensino, muitas vezes, “manualesco” (fundamentado apenas em Manuais... E vídeo-aulas), cria-se um pensamento de que a complexidade do mundo pode ser pensada a partir de códigos e suas interpretações diretas. O problema é que a racionalidade de uma época é diversa de outra, além de muitas vezes os princípios constitucionais não serem mesmo respeitados a partir da aplicação da lei. Pensar a ciência (?) jurídica a partir dela mesma é uma enorme contradição, pois o Direito é um conhecimento *a posteriori*, existindo como resposta à sociedade, à época, à história e, sobretudo, a uma fundamentação filosófica (que se mostra comumente como “Ética”). Somente pudemos pensar o horizonte de Direitos Fundamentais, por exemplo, a partir da noção de sujeito e de liberdade advindos da Modernidade e que devem ser problematizados (e aprofundados!) com a constatação de um sujeito “pós-moderno”. Assim como nos campos da Religião e da Educação, o Direito corre o risco de não cumprir sua função: decisões são escritas a partir de elementos estranhos, paranoicos, como resposta de um Eu inconsciente, desejante de realizar seu gozo, muitas vezes metafísicos, de outros mundos... E que ferem os princípios constitucionais. Como afirma o juiz e doutor em Direito Processual, Alexandre Rosa: “É necessário, pois, desvelar que esse discurso opera, buscando-se as

matrizes *condicionantes* (ideológica, criminológica, social, midiática, etc.) e *inconscientes* que, definitivamente, fragmentam a função de julgar numa sociedade complexa, à margem do capitalismo, no qual o Direito Penal possui uma tarefa de *adestramento* estratégica. Desse ‘dar-se conta’, assim, em muito depende para que lado a atuação ocorrerá porque sob o disfarce da *neutralidade*, não é mais possível se esconder: *o que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo, sem frouxidão, nem sectarismo.*”

Dentro desse cenário, é urgente o diálogo e o caminho do pensamento interdisciplinar e complexo. É o que presenciamos no presente livro “Direito e Interdisciplinaridade”. As soluções não podem mais ser vistas como únicas e simplistas, pois o mundo não mais o é! Por isso, parece que a única forma de atestar o outro, em sua vulnerabilidade, é pensar de forma singular, complexa e diversa! Assim, as diferenças emergem, aparecem em sua subjetividade corpórea. Nesse caminho também, podemos afirmar a autonomia dos sujeitos contemporâneos a partir de suas diversas inserções: na Religião, no Gênero e no Trabalho. O novo mundo ou “terra dois” como diria o psicanalista Jorge Forbes, é um mundo que tensiona as relações sociais, de transcendências, de sexualidade e do capital (como no trabalho), bem como as relações de poder entre as nações.

Assim, vivemos uma “Black Mirror”, ou um espelho ou tela escura... Nossas projeções são quebradas, efêmeras e contraditórias. Parece ser nosso horizonte no século XXI, aquele mesmo anunciado pelo filósofo italiano Gianni Vattimo: do *pensiero debole*, ou “pensamento fraco”. O que nos resta é interpretar, uma atitude hermenêutica... O único deus que nos restou em um mundo desencantado parece ser Hermes, filho de Zeus e de Maia, e o deus possuidor de diversificados atributos...

Prof. Dr. René Dentz
Professor universitário, doutor em Filosofia, doutorando
em Teologia e psicanalista.

*teu
logos
esbarra
ethos
e
pathos*

*J.B. Donadon-Leal
(O Livro das Aldravias – 2014)*

SUMÁRIO

CORPO, VULNERABILIDADE E JUSTIÇA: OS CAMINHOS DA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA..... 17

René Dentz

Resumo:	18
Introdução	18
2. Pós-Modernidade e o Conhecimento no Século XXI	20
3. Um novo horizonte para o pensamento Latino-Americano.....	24
4. O pensamento <i>Queer</i> e a Pós-Modernidade.....	29
5. As transformações na Lei simbólica.....	32
Conclusão	35
Referências	36

_Toc491961032

ASPECTOS LEGAIS E PSICOSSOCIAIS DO ABUSO SEXUAL DE VULNERÁVEL: A PERSPECTIVA DO ABUSADO 39

Elione de Jesus Gomes Costa e Carlos Randel Mafra

Resumo:	39
Introdução	39
2. Definição e contextualização do abuso sexual na história	41
2.1 Abuso sexual de vulnerável intra e extrafamiliar	44
3. O abuso sexual e sua dimensão psicossocial	47
3.1 considerações gerais da psicologia do desenvolvimento	47
3.2 Breve abordagem da teoria das representações sociais	49
3.3 Perfil comportamental do abusado e abusador	51
3.3.1 abusado	51
3.3.2 abusador.....	52
3.4 Violência psicológica e seus impactos.....	55
4. O abuso sexual e sua dimensão jurídica.....	57
4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	57
4.2 O princípio da proteção integral	60
4.3 Estatuto da criança e do adolescente	61
4.3 Estupro de vulnerável artigo 217- a.....	65
5. A percepção dos profissionais que atendem as vítimas.....	67
5.1 Os sujeitos entrevistados	67
5.2 O cenário de pesquisa	69
5.3 Os dados da entrevista	69

Considerações finais	86
Referências	91

ECOS DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA NA PERCEPÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO 95

Antonio Oliveira, Déborah da Paz, Gabriela Fritz, Myong Kum Song, Thayane Maia e Magna Campos

Resumo:	95
Introdução	95
2. Fundamentos básicos da jurisdição	97
3. Jurisdição Contenciosa.....	102
3.1 Procedimentos especiais de jurisdição contenciosa	107
3.1.1 Ação de consignação em pagamento.....	107
3.1.2 Ação de depósito.....	108
3.1.3 Ação de anulação e substituição de títulos ao portador..	109
3.1.4 Ação de prestação de contas	109
3.1.5 Ações possessórias	110
3.1.6 Ação de nunciação de obra nova	111
3.1.7 Ação de usucapião.....	111
3.1.8 Ação de divisão e demarcação de terras particulares.....	112
3.1.9 Inventário e arrolamento.....	112
3.1.10 Embargos de terceiro	113
3.1.11 Habilitação	114
3.1.12 Restauração de autos	114
3.1.13 Venda a crédito com reserva de domínio.....	115
3.1.14 Juízo arbitral e Lei 9.307/96	115
3.1.15 Ação monitória	116
4. Jurisdição Voluntária	116
4.1 A análise cronológica da Jurisdição Voluntária	116
5. Os Campos de Compreendimento da Jurisdição Voluntária	120
5.1 A Jurisdição Voluntária em Natureza Administrativa	122
5.2 A Jurisdição Voluntária em Natureza Jurisdicional	125
5.3 Da ação discricionária na composição jurisdicional à aproximação administrativa do procedimento voluntário	128
6. Breve análise da participação brasileira na Corte Internacional de Justiça	131
Conclusão	134
Referências	135

A INTERFERÊNCIA DA LEGÍTIMIA EM FACE DA AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR: UMA ABORDAGEM METAJURÍDICA. 138

Luís Henrique Ferreira Campos de Almeida, Carlos Randel Crepalde Mafra e Fabiano César Rebuzzi Guzzo

Resumo.....	138
Introdução	138
2. Panorama dogmático do direito das sucessões brasileiro.....	140
2.1 Da sucessão legítima no direito brasileiro.....	143
2.2 Da sucessão testamentária	149
3 O instituto da legítima e o argumento da “proteção do núcleo familiar”	158
3.1 A definição da legítima e sua origem histórica.....	158
3.2 Os desdobramento da legítima.....	161
3.3 O argumento da proteção familiar e a razão ontológica da legítima	164
4 A autonomia privada.....	167
5 A crítica metajurídica a restrição imposta pela legítima	171
5.1 Repensando o instituto da legítima: um estudo casuístico	171
5.2 Caminhos metajurídicos para a relativização da restrição imposta ao testamento	173
Conclusão.....	179
Referências bibliográficas	180

A REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES E O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS..... 183

Raphael Furtado Carminate

Resumo:	183
Introdução	183
2. Regime de bens do casamento de pessoas maiores de setenta anos	185
3. Revisão da teoria das incapacidades introduzida pela Lei n. 13.146/2015	193
4. Impossibilidade de aplicação do inciso II, do art. 1641, do Código Civil, após a revisão da teoria das incapacidades	200
Referências	204

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NO MUNDO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA..... 207

Crovygara Batalha e Michele Aparecida Gomes Guimarães

Resumo:207
Introdução207

2. Contextualização histórica
3. História e evolução do direito do trabalho no brasil 212
4. Influências externas do direito do trabalho 215
5. Influências internas do direito do trabalho 216
6. A carta constitucional de 1988 e transição democrática 218
Considerações finais220
Referências222

FRANQUIA. QUANDO A IDEIA É O SEU PRINCIPAL PRODUTO.. 224

Israel Quirino e Michele Aparecida Gomes Guimarães

Resumo:224
Introdução:225
2. O risco de empreender:227
3. Construindo um negócio potencialmente franqueável:229
4. O que torna um empreendimento uma franquia?232
5. Administrando uma ideia-negócio:234
Considerações Finais:243
Referências:244

RELIGIÃO, JUSTIÇA E O PÓS-MODERNO 246

René Dentz e Marcus Mareano

Resumo:246
Introdução246
2. Do século XX para a pós-modernidade248
3. A religião cristã frente aos desafios pós-modernos 251
4. Por cristianismo mais ético e por uma ética mais cristianizada
.....256
Considerações finais260
Referências261

IDENTIDADE DE GÊNERO E DIREITO: A DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 263

Alexandre Guilherme dos Santos e Raphael Furtado Carminate

Resumo:	263
Introdução	263
2. Características da Pessoa Transexual e Distingções Importantes	266
3. Alguns Direitos Relevantes para a Promoção da Dignidade da Pessoa Transexual	268
4. O Direito ao Uso do Nome Social e à Adequação das Informações Registrais	269
5. O Uso Do Banheiro em Espaços Públicos	277
6. Outras Implicações Jurídicas Relevantes	281
Considerações Finais	285
Referências	287

POLARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A DINÂMICA ENTRE RÚSSIA E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA 290

Antonio Oliveira, Deborah Paz e Magna Campos

Resumo:	290
Introdução	290
2. Polarizações nas relações internacionais	292
2.1 Estados Unidos da América (EUA)	292
2.2 EUA: Ascensão de Nixon e fim da Guerra Fria	292
2.3 Pós Guerra Fria: De Clinton a Obama	295
2.4 Rússia	297
2.5 Do fim do bloco socialista à Era Yeltsin	298
2.6 Autoridade e soberania: a ascensão de Putin e da Rússia	301
Conclusão	306
Referências	309

DIÁLOGOS ENTRE LÉVINAS E RICOEUR ACERCA DA ÉTICA E DA ONTOLOGIA

René Dentz

Resumo:	311
Introdução	311

2. Lévinas e a saída do ontologia	313
3. Ricoeur e a Fenomenologia da Vontade	320
4. Ricoeur e Lévinas: hermenêutica e pós-hermenêutica da ideia de revelação	323
Conclusão	335
Referências	337
JUÍZES NÃO SÃO DE MARTE!	339
Israel Quirino	
Resumo:	339
Introdução:	339
2. Análise situacional.....	343
3. A lei não é o Direito	346
3.1. O Caso dos Devedores de Alimentos	349
3.2 Os embargos infringentes na Ação Penal 470	355
3.3 Filosofia e Poesia ao Julgar Gilberto Gil.....	357
4. Considerações Finais:	359
Referências:	362
CRÍTICA CULTURAL E INTERDISCIPLINARIDADE COM QUESTÕES DO DIREITO: ANÁLISE DE ALGUNS EPISÓDIOS DE <i>BLACK MIRROR</i>	365
Magna Campos	
Resumo:	365
Introdução:	365
2. <i>Black Mirror</i> : a relação sujeito <i>versus</i> tecnologia na sociedade líquida.....	368
2.1 <i>Hino Nacional</i> e <i>Urso Branco</i> : espetacularização e a hiperespetacularização da vida e da justiça.....	369
Considerações finais:	408
Referências:	409
A MODERNIDADE LÍQUIDA EM QUESTÃO:.....	412
ANÁLISE DOS EPISÓDIOS <i>BE RIGHT BACK</i> E <i>WHITE BEAR</i> À LUZ DA OBRA 44 CARTAS DO MUNDO LÍQUIDO MODERNO DE ZYGUMT BAUMAN	412
Patrícia Magalhães, Rafaela Santos, Mislaine Júlio, René Dentz e Celso Carvalho	

Resumo:	412
Introdução	412
2. Aporte teórico	413
3. Episódio <i>be right back</i>	415
4. Episódio <i>white bear</i>	416
5. “Não digam que não foram avisados”	418
6. O mundo é inóspito a educação?.....	419
Considerações finais	420
Referências	421

A ONASCITURO E O DIREITO HODIERNO: UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA..... 423

Lucas Ribeiro de Souza Guerra, Carlos Randel Crepalde Mafra e Fabiano César Rebuzzi Guzzo

Resumo:	423
Introdução	424
2. Início da Vida Humana.....	425
3. Surgimento da Personalidade Civil e Proteção Jurídica da Vida Humana	427
4. Conclusão	429
Referências	431

O SER HUMANO EM MUTAÇÃO: UMA ABORDAGEM ANTROPOLÓGICA NO SÉCULO XXI..... 432

Patrícia Magalhães, Rafaela Freitas, Mislaine Júlio, Igno Borges e René Dentz

Resumo:	432
Introdução	432
2. Transformações humanas.....	434
3. O olhar psicanalítico no século XXI.....	435
4. A Sociedade e suas transformações	438
Conclusão	441
Referências	442

ARTIGOS CIENTÍFICOS

CORPO, VULNERABILIDADE E JUSTIÇA: OS CAMINHOS DA CONDIÇÃO PÓS-MODERNA

René Dentz¹

RESUMO:

No declínio da modernidade, a filosofia hermenêutica reconhece a passagem da razão forte, com pretensões de domínio sobre a realidade, para um pensamento enfraquecido, consciência da radicalidade interpretativa na qual a subjetividade humana está inserida. Para um dos expoentes de tal pensamento, o filósofo Gianni Vattimo, a Pós-Modernidade é a despedida do sentido unitário de história, de progresso, de sexualidade humana. O que se instaura nessa nova época é o pluralismo como tecido social no qual a vulnerabilidade humana, caso não queira sucumbir-se aos domínios da violência metafísica, deve empenhar-se pela construção de uma comunidade mais amiga e laica. Para tal pensamento, não se trata de despedida das experiências religiosas cristãs, no entanto, “se deseja concretizar-se na forma da hospitalidade, a identidade do cristão no diálogo inter-religioso - aplicando o preceito da caridade - pode apenas se reduzir, quase completamente, a um dar ouvidos e palavra aos hóspedes” (VATTIMO, 2004, p. 126).

Palavras-chave: Modernidade, corpo, vulnerabilidade, justiça.

INTRODUÇÃO

É necessário pensar a presença da religião, de maneira particular do cristianismo, como instância que promove a valorização do mundo, de forma que todo o processo de

¹ Professor universitário e Psicanalista; Membro-Pesquisador do *International Institute for Hermeneutics* (Alemanha); Membro do Grupo de Pesquisa CAPES Interfaces (Faculdade Jesuíta-Belo Horizonte); Professor Titular da Unipac/Mariana; Professor do SEB Global Alphaville.

secularização, de alguma maneira, cumpre sua vocação mais genuína que está fundamentada no mandamento do amor. Princípio que deve continuar gerando um combate a toda e qualquer forma de imposição da verdade como domínio e poder. De outro modo, pensar o cristianismo já não mais pelas vias do poder é cumprir sua missão de construção da amizade diante das experiências da finitude humana. Ou seja,

A filosofia da religião do nosso século é preferencialmente existencial: enquanto São Tomás e a Idade Média pensavam em provar a existência de Deus a partir da ordem do mundo, o pensamento religioso moderno procura a prova de Deus, sobretudo na precariedade e tragicidade da condição humana (VATTIMO, 1999, p. 84).

Para o criador do pensamento fraco, há uma estreita relação entre a morte do Deus violento da metafísica, a kênosis cristã e a própria tradição filosófica que trata do enfraquecimento do ser. Assim, “a herança cristã que retorna no pensamento fraco é também e, sobretudo, herança do preceito cristão da caridade e de sua recusa da violência” (VATTIMO, 1999, p. 37).

Uma das consequências mais importantes para repensar esse nexos entre filosofia enfraquecida e caritas cristã, trata-se da defesa das vítimas que não puderam contar sua história porque foram caladas pela tradição dominante, muitas vezes

em nome da verdade. É limiar do declínio do pensamento metafísico inaugura uma nova possibilidade de pensar no enfraquecimento corpóreo dos que viveram ou vivem sem sua dignidade básica, a de ser corpo histórico.

2. PÓS-MODERNIDADE E O CONHECIMENTO NO SÉCULO XXI

A Pós-Modernidade impacta, assim, de forma decisiva os saberes. As questões inquietantes são: como pensar Deus sem fundamento? Como afirmar o sujeito em uma época “pós-metafísica”? Chegamos, dessa forma, a uma atestação necessária ao “saber teológico” pós-moderno, aquela de Sujeito Vulnerável. Esse conceito, bem interpretado, nos permite pensar em quatro aspectos da vulnerabilidade: o desencantamento do mundo; a consciência de exclusão vivida; o desmantelamento da onipotência; e, por último, o projeto sociopolítico que desencadeia. Segundo MENDOZA (2011, p.148):

[...] A partir da assunção da própria vulnerabilidade o sujeito fraco começa a mostrar outro rosto para além da aparência anódina que o etiquetava numa primeira impressão. Assim começa a gênese de uma presença para si mesmo de caráter proativo, marcada pela tomada de distância com respeito aos sistemas de totalidade e sua influência nos mecanismos da própria subjetividade.

E ainda (2011, p.191):

São precisamente eles, os justos da história, quem nos sustenta na consciência agônica vivida como experiência de viver até o último suspiro. Uma existência niilista enquanto é vivida nos limites de si mesmo. Uma existência vivida como tal por um sujeito vulnerável porque se confrontou por experiência própria com uma vida que não cessa de olhar de frente para a morte.

Um exemplo precioso do corpo vulnerável é Frida Kahlo. Por meio de sua arte, Frida assume as dores de seu corpo próprio. Ou seja, somatiza eventos significativos de sua existência. Seu corpo é uma expressão de sua arte e é a memória dos acontecimentos trágicos de sua vida. Afirma DEIFELT (2006, p. 33):

A ambigüidade de Frida não é sinônimo de contradição. A sua existência é marcada precisamente pelo limítrofe, pelo fronteiro. Ela habita nas intersecções: nas fronteiras de seu próprio corpo, que lhe dá prazer e dor; nas fronteiras da relacional idade, com um Diego que ela identifica como seu grande amor e como a grande catástrofe de sua vida; com a arte, que é uma extensão de si mesma, mas que ela mesma não valoriza, até conseguir manter-se financeiramente pela pintura; nas fronteiras de suas próprias convicções políticas, religiosas, culturais e sociais - de todas elas ela tirava elementos construtivos para uma sociedade mexicana alternativa, mas desencantava-se

constantemente com os rumos dos acontecimentos em seu país.

O corpo humano fornece um horizonte de mundo, reflexão e desejo. É o lugar do prazer e da dor, além de possibilitar ambigüidades e, por isso mesmo, nos torna “humanos”. Ao registrar a memória de sua corporeidade pela pintura, Frida expõe seu horizonte de existência.

Como afirma MUSSKOPF (2012, p. 443):

No quadro *La Venadita*, a figura do veado é, a um só tempo, um instrumento através do qual Frida Kahlo pode exprimir sua realidade, seu mundo e ela própria dizendo-se. Forma e conteúdo se misturam. Enquanto é algo fora de si mesma (meio), metáfora, o veado é também a materialização (conteúdo) que fala por si. O veado de Frida é a Frida-veado, e vice-versa. O ser que ocupa o lugar central da pintura, portanto, é uma criação de Frida Kahlo, e é um veado! (...) O veado é a fuga do seu destino, a decisão sobre seu nascimento, a ordenação provisória de sua vida que não tem ordem: começa e termina várias vezes, sobe e desce, gira, dá piruetas, vai para cá e para lá, sacudida, sacudindo-se, acidentando-se. Seu signo não é “câncer”, mas “veado”.

O “veado” de Frida é uma condição, um corpo ferido, que faz parte de um sujeito vulnerável, excluído da filosofia, da teologia, da salvação; enquadrado pela ciência e criminalizado pela sociedade. E neste sentido, a hermenêutica do pensamento fraco, em defesa das pessoas feridas pela história,

ganha destaque ao declarar que:

Derrubada a ideia de uma racionalidade central da história, o mundo da comunicação generalizada explode como uma multiplicidade de racionalidades locais - minorias étnicas, sexuais, religiosas, culturais ou estéticas - que tomam a palavra, finalmente não mais caladas e reprimidas pela ideia que haja somente uma forma de humanidade verdadeira para realizar, em detrimento de toda a peculiaridade, de toda a individualidade limitada, efêmera, contingente (VATTIMO, 200, p. 17).

Saber-se falível significa, então, admitir-se responsável pelo mal e isso gera uma angústia no ser humano, que sente o inferno da justiça por perceber-se medido pelo seu próprio agir, sentir e pensar e não por Deus. Eis a nova experiência ética apresentada pelo simbolismo da culpabilidade: o sujeito, consciente de si, faz justiça ao oprimido, pois, ele mesmo dá a si próprio, a sentença pela falta cometida sob o olhar de Deus, que busca manter a aliança com amor incondicional, sempre perdoa e restaura o ser que busca superar suas limitações.

O reconhecimento da vulnerabilidade própria de toda subjetividade foi proposto por Ricoeur como um novo estágio da fenomenologia pós-husserliana. Em sua filosofia da vontade, o filósofo francês afirma que o desejo originário ambíguo compromete também uma afecção constitutiva que é vivida sob o simbolismo da mancha, da culpa e do pecado.

A filosofia de Ricoeur se mostra como uma passagem de uma fenomenologia transcendental a uma fenomenologia propriamente ontológica. Sua atenção volta-se para mostrar os recursos de uma fenomenologia da vontade, na direção de uma passagem para a ontologia. A fenomenologia revela um não ser específico da vontade, algo como uma deficiência ontológica própria da vontade. A interpretação minuciosa dessa negação pode ser entendida como uma fenomenologia das paixões (ambição, avareza, ódio, etc.), uma reflexão filosófica sobre a culpabilidade.

A fenomenologia não é apenas método filosófico que nos capacita a superar a metafísica, mas um meio para se situar a teologia no pensamento. Jean-Luc Marion, por exemplo, defende a idéia de que a fenomenologia modificada adequadamente é “o método de manifestação do invisível por meio de seus fenômenos indicadores” e “assim, também o método da teologia”. Ou seja, a distinção entre fenomenologia e teologia, contudo, é que, enquanto a primeira provê o contexto para a possibilidade do fenômeno da revelação, não consegue determinar sua realidade como revelação. A fenomenologia pode, assim, ser vista como certo tipo de preparação à teologia. Dessa forma, podemos analisar o fenômeno do perdão e sua possível liberdade, estabelecendo uma relação entre fenomenologia e teologia no pensamento ricoeuriano.

3. UM NOVO HORIZONTE PARA O PENSAMENTO LATINO-AMERICANO

Em suas raízes marxistas, a Teologia da Libertação negligenciou o corpo dos sujeitos vulneráveis. O pobre foi visto como aquele que deveria ser liberto, mas apenas em sua dimensão material-social. Nesse contexto, é muito significativa a afirmação de João Batista Libânio, na reunião da SOTER, em junho de 1990, de que a teologia enfrenta revisões importantes em suas formas de análise.

Ficou claro que tal marco não só necessita ser ampliado, como também revisto em profundidade por causa de suas insuficiências, entre elas, da hipertrofia da classe em detrimento de aspectos culturais e sexuais da realidade, da incapacidade de analisar as relações de poder na Igreja adaptando análises da macro sociedade, da carência de uma análise do estado, do desconhecimento de muitas novas realidades surgidas nesta nova fase do capitalismo, etc. Aponta como caminhos um uso maior da antropologia social, da sociologia das instituições, de métodos quantitativos, da teoria da ação (A. Touraine). A TdL não pode ficar prisioneira dos conceitos de classes sociais, desconhecendo as realidades como mulheres, crianças, negros e indígenas (LIBÂNIO, 1990, p.).

Importante também é a abordagem do teólogo Hurtado, para quem “a partir da kénosis sabemos como Jesus é homem e qual tipo de homem ele se tornou. Por ela sabemos que a Encarnação não é algo neutro e genérico. É preciso afirmar, portanto, que somente observando o ser pobre de Jesus (e sua

identidade com os pobres) podemos perscrutar o verdadeiro ser de Deus” (HURTADO, 2013, p. 97). Deus, em Jesus, mostra seu rosto concretude, sua carne pobre na qual historicamente revela o sentido antropológico e teológico mais profundo, propriamente em sua *kênosis*.

Por isso, não é possível haver uma falsa dicotomia entre o “pobre” e os grupos vulneráveis. A privatização de terras e a privatização de corpos fazem parte de um único sistema. A luta pelo direito a terra, por exemplo, e a luta pela autonomia sobre o próprio corpo, quando vistas do ponto de vista da teologia *queer*, não podem ser separadas como se uma fosse resultado de trabalhadores sérios e a outra uma revolta histórica e burguesa. O projeto de uma sociedade justa e igualitária passa, necessariamente, pelo rompimento com o sistema heterocêntrico em todas as formas de reprodução do capital. Na maioria das vezes, o feminino, por exemplo, foi compreendido por meio de uma visão masculina de Maria no universo teológico católico. Trata-se de uma Mimesis, na qual a mulher é enquadrada em um modelo, em um (des) horizonte de pré-compreensão, como arquétipo, modelo, desde a criação do mundo. Maria é apresentada como mulher de fé, fiel e perfeita discípula, expressão concreta do amor preferencial de Deus pelos pobres. A mulher do nosso povo sente proximidade com Maria, mulher pobre, mulher do povo. A categoria mulher ficou aprisionada em um modelo feminino virginal e assexuado, que nunca reclamava de nada e era feita para servir e seguir ordens masculinas (mesmo de Deus **Pai**).

A teóloga argentina Marcella Althaus-Reid propõe uma mudança de paradigma da Teologia da Libertação e a introdução de um alargamento do conceito de “pobre”, “excluído”. Seu ponto de partida em *Teologia Indecente* é uma desilusão com os limites da teologia da libertação no contexto latino-americano que a leva a uma crítica radical fazendo uso de instrumentais marxistas, onde os conceitos materiais possuem prevalência, ao invés do sujeito e sua identidade.

Assim afirma ALTHAUS-REID (2003, p. 8):

Teologias queer são geralmente teologia biográficas. É necessário seguir este movimento diaspórico que nos permite compreender os caminhos percorridos, e as formas pelas quais identidades teológicas ainda são desafiadas, transformadas, retraídas e disfarçadas no Cristianismo. Teologias queer entram nas diásporas usando táticas de ocupação temporária; práticas desestabilizadoras que não devem necessariamente ser repetidas, e reflexões cujo objetivo é serem desconcertantes.

A teologia feminista da libertação, por estar, em um primeiro momento, muito enraizada na teologia da libertação em sua 1ª geração, ainda necessita de uma radical idade que integre gênero e sexualidade ao discurso teológico tornando caótica sua ideologia heterocêntrica fundante. Esse pensamento é fundado em temas como mariologia, por exemplo. É a partir destas críticas que ela articula sua proposta de uma teologia indecente:

Uma teologia indecente é uma teologia que problematiza e desnuda as camadas míticas de múltipla opressão na América Latina, uma teologia que, encontrando seu ponto de partida na interseção da teologia da libertação e do pensamento queer, refletirá sobre a opressão econômica e teológica com paixão e imprudência. A teologia indecente questionará o tradicional campo da decência e ordem latino-americanas enquanto permeiam e apóiam as múltiplas (eclesiológica, teológica, política e amorosa) estruturas de vida em meu país, Argentina, e em meu continente (ALTHAUS-REID, 2010).

Althaus Reid utiliza novos entendimentos da sexualidade como forma de desconstruir sistemas sólidos de pensamento e criar outros novos, bem como expandir as definições de religião, economia, construções sociais e sexuais. A questão é que embora as religiões sejam feitas para, ou ao redor de padrões classificatórios sexuais claros, a sexualidade limita ou abre os horizontes dos sistemas religiosos.

Sua teologia parte de ambigüidades, intraduzibilidade e não representação. Esse não-lugar da teologia cria um tipo de Deus um tanto estranho para as estruturas bem conhecidas do amor e do conhecimento da teologia tradicional. Esse Deus Estranho, forasteiro, estrangeiro, desconhecido, escondido pode ser reconhecido em meio aos pobres e às pessoas que são intrinsecamente indecentes e vulneráveis, um Deus radicalmente comunitário e cuja hospitalidade sem limites e

fronteiras é irresistível!

Afirma CAVALHÃES (2010):

Talvez agora sejamos capazes de aprender a orar e pedir e agradecer a Deus pelos nossos orgasmos, para que as nossas teologias incluam os prazeres antes banidos. Talvez possamos tomar cada experiência com os seus horizontes, segredos e diversas possibilidades de desfecho como se fosse um arrebatamento, um movimento desconhecido e descontrolado que transforma completa e radicalmente as nossas teologias e as nossas maneiras de pensar e de viver o corpo, sem restrições ou consolos. Talvez possamos iniciar uma nova procissão litúrgica com o pobre, carregando conosco um cálice transbordante de carências e desejos, potencialidades e misérias, contradições e desespero, traições políticas e pequenos gestos de redenção, morte e epifanias inesperadas do nosso dia a dia, tentando eternamente dar os contornos de uma graça perdida. E conforme caminhamos, tentaremos atentar para o que sempre foi negado, esquecido, proibido e perigoso. Talvez, através dos líquidos e excreções teológicas do nosso corpo, beijos e sexualidades, representemos daqui em diante as subjetividades da nossa formação.

4. O PENSAMENTO QUEER E A PÓS-MODERNIDADE

A partir da Pós-Modernidade, há um deslocamento do caminhar. Não há mais um lugar fixo. Em cada ponto se

verifica a situação de estrangeiro, daquele que não está em seu lugar e faz de cada lugar o seu. Um aspecto importante da chamada “Teologia Queer” (no lugar de “Teologia Gay”) é o aspecto do discurso sobre a experiência pessoal. No entanto, a elaboração dessa experiência passa ser ousada e transgressora, mais “queer”. Nesse contexto, um livro paradigmático foi “Queering Christ”, de R. Goss, onde expõe uma autobiografia em um capítulo, mas estabelecendo elos com questões sexuais e homoeróticas com a vida de Cristo crucificado no monastério, passando pela sua experiência de casamento e ruptura com o poder eclesiástico. Segundo R. Goss:

Com o rompimento do silêncio por vozes de bissexuais e de transgênicos, as teologias queer vão desenvolver a nova sofisticação do discurso teológico com novas particularidades sexuais, novas compreensões de gêneros, e matizes de diferenças. Elas vão desencarnar resíduos de bifobia e transfugia, forçando teólogas e teólogos queer anteriores, incluindo eu mesmo, a articular definições expandidas de sexualidades e gêneros (GOSS, 1993, p. 15).

Outra enorme contribuição foi dada pela teóloga brasileira Ivone Gebara. Em sua proposta de “epistemologia da vida ordinária”, busca distanciar a teologia de campos miméticos abstratos e, por isso mesmo violentos. A concretude do real deve ter espaço, emergir no horizonte possível do sujeito, que pode agora ser atestado como vulnerável. Ao desenvolver sua proposta para a teologia, Gebara busca

articular a ambigüidade de uma maneira inovadora. O gênero passa a ser visto como instrumental hermenêutico, a partir de uma sensibilidade para a realidade social. Ao desenvolver sua proposta epistemológica para a teologia, Ivone Gebara articula a questão da ambigüidade de uma maneira inovadora. Trata-se de uma “epistemologia do cotidiano”. Afirma Gebara sobre o gozo:

Talvez devêssemos ousar o gozo, ou pelo menos desejá-lo, sonhá-lo como uma possibilidade para nós. O gozo é efêmero, o fugaz, a graça em nossos sentidos, a sensualidade que vem e vai. É o temporal, o prazer do momento, o primeiro instante do encontro que não se consegue deter. É a música que acaba de focar pronta, o copo de vinho que se acabou de beber, as despedidas depois de um encontro de amizade. (...) Não é todo-poderoso em seu reino eterno. Não é puro, mas mesclado a nossos sentidos e humores. Não julga, não pune, é efêmero, misteriosamente efêmero. Sempre em movimento, indo e vindo, serpenteando por diferentes situações, cheiros, cores, é o supérfluo em contraposição ao necessário. É a leveza do ser opondo-se a sua grave necessidade. Só existe no instante. É sábio em sua fragilidade. É louco em sua dança de todos os ritmos. O gozo é regozijo (GEBARA, 2005).

No universo católico, uma importante referência em relação à teologia gay (que talvez por vínculos institucionais não ouse a denominação “queer”) é o teólogo britânico James Alison. A partir de uma releitura bíblica, Alison propõe a superação do

fundamento biológico como definidor da filiação divina do homem.

[...] Jesus está dizendo que existem duas paternidades: aquela que vem de seu Pai, a qual se torna acessível pela e na imitação criativa de uma fraternidade inclusiva que se modela no próprio Jesus. Temos também a sua alternativa, a velha conhecida realidade cultural que é própria de toda a humanidade, a qual se impõe sobre todas as origens biológicas. A cultura humana tem sua origem fundada num assassinato fraticida, de Abel por Caim, e todos os seres humanos se encontram, por causa dessa origem comum, radicalmente enganados tanto sobre suas vontades quanto sobre seus saberes (ALISON, 2010).

5. AS TRANSFORMAÇÕES NA LEI SIMBÓLICA

A paternidade e a fraternidade cultural precedem a fraternidade biológica. Ou seja, não é a paternidade biológica que se constitui no modelo-base, a partir do qual uma paternidade cultural distorcida entra em operação, mas temos exatamente o contrário, uma fraternidade cultural distorcida que modela a paternidade biológica, tornando-a não fraternal.

A *mimesis* está na constituição dos atributos humanos. Existem diversas variações de *mimesis* segundo René Girard. O mais comum é a imitação aquisitiva ou de apropriação. Trata-se do desejo a partir do qual o ser humano imita o desejo de outro em busca de um mesmo objeto e, assim, inaugura-se uma

rivalidade com essa pessoa pela posse do objeto desejado por ambos. Assim define a relação entre mimetismo e Violência James Alison:

A violência atrelada à mimesis de apropriação torna frágil toda vida social humana, e foi assim durante o transcorrer do longuíssimo processo de hominização. Vemos aqui uma encruzilhada nesse processo, ainda em seu estágio humano inicial. Podemos imaginar um grupo que, devido à presença da mimesis entre seus membros - pessoas querendo o que o outro tem ou o que o outro é, e lutando por isso - , sofra uma crise aguda de desordem cuja virulência começa a corroer o próprio tecido social. A violência endêmica se agrava entre os membros do grupo até que o grupo se restabelece, graças à resolução gerada pela mimesis conflituosa, a qual espontânea e arbitrariamente converge sua violência sobre uma vítima substituta (o bode expiatório), que, por ser incapaz de retaliar, não oferece ameaça alguma de ampliar ou dar continuidade à violência. A vítima é geralmente alguém que está à margem, um forasteiro, alguém portador de alguma espécie de deficiência física ou mesmo alguém que possua um destaque excessivo no grupo. A vítima é expulsa - linchada ou sacrificada - não importando como, pois o mecanismo subjacente é o mesmo. Uma vez que o grupo espontâneo e unanimemente escolheu a vítima, culpando-a pelo conflitos e infortúnios sofridos por ele, a expulsão da vítima produz o momento unânime de paz, que é a base de uma nova ordem social (ALISON, 2010).

Também contribui GIRARD (1998):

Os primitivos procuram romper a simetria das represálias no nível da forma. Ao contrário de nós, eles percebem muito bem a repetição do idêntico, e tentam eliminá-lo por meio do diferente. Quanto aos modernos, eles não temem a reciprocidade violenta. É ela que estrutura todo castigo legal.

A condenação generalizada da homossexualidade que persiste nas sociedades contemporâneas, ainda muito influenciadas pela lei religiosa é, segundo Danièle Hervieu-Léger (2003), a principal resistência à visibilidade dessas famílias, percebidas como atentatórias ao caráter “sagrado” adquirido pela “família” nas sociedades modernas.

Segundo Elisabeth Zambrano:

Essa “sacralidade”, que toma como apoio a ordem natural das relações entre os sexos, torna “impensável” qualquer outra configuração de família que não seja a composta por pai-homem, mãe-mulher e filhos. Esse impositivo “divino” não está presente apenas nas religiões, encontra-se, também, em outras áreas do saber. A influência religiosa se expressa em três campos. No direito, temos o código napoleônico que mantém vivo, depois da Igreja, o caráter “sagrado” estabelecido pela “natureza” entre aliança e filiação, com a afirmação de que o pai é o marido da mãe. Para a psicanálise, a subjetivação do sujeito e sua humanização passam pela necessidade de elaboração do chamado complexo de Édipo, processo psíquico que

exige a presença dos dois sexos e a obediência ao “Nome do Pai” (ZAMBRANO, 2006, p. 12).

As três áreas podem ser fundamentadas em rígido núcleo metafísico, mas também podem ser desconstruídas. No campo psicanalítico, o papel desse saber pode ser libertador quando passamos a pensar no âmbito do simbólico, abrindo o horizonte do “Não-Dito”. É a partir do Outro que o sujeito fala e deseja. Esse Outro, alteridade radical, que não é a mãe, o pai, ou qualquer semelhante, qualquer *partner* imaginário; marca o lugar da linguagem, que permite ao sujeito humano situar-se diante do sexo e das gerações. Isto situa a via de introdução do registro simbólico no psiquismo e por conseqüência, da castração. O Nome-do-Pai é justamente esse significante que no Outro, na alteridade, é o significante do Outro enquanto lugar da lei, do limite, onde o sujeito encontra sua delimitação, sua nomeação. Finalmente, cabe ressaltar que a questão do sujeito diante do Outro não se resume a esse Outro como lugar da lei.

CONCLUSÃO

Na perspectiva mais radical, o Outro remete ao que está além de toda regulação possível. A libido organiza-se, regula-se, tomando o *phallus* como símbolo. No entanto, por ora ressalte-se aqui a dimensão do Outro que ultrapassa a referência fálica. A inscrição fálica articula o gozo às leis do

significante, leis da linguagem, mas a noção de gozo Outro proposta por Lacan, aponta um gozo fora da linguagem, fora do sexo, fora da possibilidade de ser apreendido por representações. Entretanto, é na medida em que estamos todos dentro da referência fálica, referência de linguagem, que também, **a partir dela, podemos sentir os efeitos de um mais além.** É essa sinalização de um mais além do fálico que permite a Lacan sublinhar, em relação aos humanos, não propriamente a difundida dualidade dos sexos, mas uma outra dualidade, frente à qual o sujeito é dividido — a dualidade de gozos: gozo fálico e um gozo Outro, sempre visado. Ou seja, a compreensão da sexualidade deve pressupor um ser humano dividido, falho, limitado e ao, mesmo tempo, livre para vivenciar sua corporeidade em sua historicidade. Com isso, pode existir na dimensão sexual e, por isso mesmo, em alteridade.

De tal maneira, que engendrar uma nova teologia pós-moderna, é buscar uma esperança possível a partir do “novum do cristianismo como experiência de um triplo ultrapassamento: de si, do outro como inimigo e do mundo violento, como condição de possibilidade da instauração do Reino de Deus enquanto experiência salvífica de sentido realizado como reconciliação” (MENDOZA, 2011, p. 219).

REFERÊNCIAS

ALISON, James. **Fé Além do Ressentimento. Fragmentos católicos em voz gay.** São Paulo: É realizações, 2010.

ALTHAUS-REID, Marcela. ***Indecent Theology. Theological***

Perversions in Sex, Gender and Politics. London: Routledge, 2000.

CARVALHAES, Cláudio. O pobre não tem sexo. In: **Bíblia e Sexualidade.** São Paulo: Fonte Editorial, 2010.

FERRAZ, Salma. **Caim decreta a morte de Deus.** Florianópolis: Estudos Feministas, 2012.

GEBARA, Ivone. **As águas do meu poço: reflexões sobre experiências de liberdade.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GOSS, Robert. **Jesus acted up.** New York: Harper San Francisco, 1993.

HURTADO, Manuel. **Deus, não sem nós.** A humanidade de Deus para pensar Deus e os pobres. Reflexões em Eberhard Jüngel. São Paulo: Loyola, 2013.

LIBÂNIO, João Batista. **América Latina: 500 anos de evangelização.** São Paulo: Paulinas, 1990.

MENDOZA, Carlos-Álvarez. **O Deus escondido da pós-modernidade.** São Paulo: É Realizações, 2011.

MUSSKOPF, André. **Via(da)gens teológicas.** São Paulo: Fonte Editorial, 2012.

PIEPER, Frederico; MARASCHIN, Jaci (org.). **Teologia e Pós-Modernidade.** São Paulo: Fonte Editorial, 2008.

VATTIMO, Gianni. **Credere di credere.** È possibile essere cristiani nonostante la Chiesa? Milano: Garzanti, 1999.

VATTIMO, Gianni. **La società trasparente.** Nuova edizione accresciuta. Milano: Garzanti, 2000.

VATTIMO, Gianni. **Depois da cristandade, por um cristianismo não religioso.** Rio de Janeiro; São Paulo: Record,

2004.

ASPECTOS LEGAIS E PSICOSSOCIAIS DO ABUSO SEXUAL DE VULNERÁVEL: A PERSPECTIVA DO ABUSADO

Elione de Jesus Gomes Costa¹

Carlos Randel Mafra²

RESUMO:

Este trabalho apresenta algumas considerações, sobre o tema Abuso Sexual Infantil sobre a égide dos seus aspectos legais e psicossociais, amparado no mandamento Constitucional, no Direito Penal e no Estatuto da Criança e Adolescente que constitui a todos o dever de assegurar a criança e o adolescente com absoluta prioridade os seus direitos. Será demonstrado que não basta uma mera interpretação contextualizada do sistema normativo é preciso uma política de proteção e defesa eficaz tanto na forma preventiva quanto corretiva. Considerando melhor possibilidade estrutural e aplicação de um projeto desenvolvido no Rio Grande do Sul. Frisa-se minimizar os danos ocasionados pelo abuso, proporcionando que não sejam revitimizados, garantindo ao público infanto-juvenil todo amparo necessário para que alcance a tutela da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: *Abuso Sexual de Vulnerável; Dimensão Psicossocial e Jurídica, Dignidade da Pessoa Humana, Proteção Integral.*

INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana – FUPAC – Mariana. .E-mail:elionegomescosta@hotmail.com.br

² Coordenador psicopedagógico na FUPAC- Mariana. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na FUPAC – Mariana. Mestre em Criminologia pela Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Advogado na empresa Guzzo, Mafra & Advogados Associados. E-mail: carlosmafra@adv.oabmg.org.br

O presente trabalho tem como objetivo apresentar Aspectos Legais e Psicossociais do Abuso Sexual de Vulnerável com enfoque na perspectiva do abusado, a partir de reflexões iniciais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traça uma nova concepção do direito, infância e juventude, nas conquistas delineadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e principalmente nas garantias normatizadas no Código Penal de 1940. Dentro desta temática, estuda mais especificamente um instituto dentro do Direito Penal, a saber, Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável.

Para demonstrar a relevância do assunto, será realizado um resgate histórico do Abuso Sexual e seu desenvolvimento, com o intuito de evidenciar as mudanças ocorridas com o passar dos anos e dialogar sobre os princípios constitucionais informadores da proteção integral da criança e adolescente, principalmente concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana e sua efetividade.

Ademais será demonstrado o conceito jurídico de criança e adolescente disposto no artigo 2º da Lei 8.069/1990 (ECA) bem como o dever da família tendo como referência o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ressaltando o dever da família, sociedade e do Estado de assegurar a criança e o adolescente com absoluta prioridade os seus direitos e o artigo 4º da Lei supracitada complementa o entendimento do que é esta absoluta prioridade versando que se trata da primazia de receber proteção em qualquer

circunstância bem como descreve sobre as consequências psicológicas que os vitimados podem enfrentar.

Com efeito, apresentar-se-á a problematização que o município de Mariana vem enfrentando quanto ao atendimento e acolhimento dessas crianças e adolescentes evidenciados através dos dados coletados nos órgãos/instituições, a saber: Conselho Tutelar, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social, Delegacia Local, a Delegacia de Ouro Preto(regional), a Promotoria Especializada na Defesa da Infância e Juventude da Comarca de Mariana e a Unidade de Acolhimento Institucional antiga Casa de Passagem.

Partindo do pressuposto que atualmente o município de Mariana conta com apenas uma delegacia que ampara toda e qualquer demanda onde as denúncias são efetuadas nos cartórios cujo ambiente é aberto sem nenhuma privacidade. Esta pesquisa destaca a necessidade de uma delegacia específica, e por fim, a implantação do depoimento sem dano, como uma forma de melhoria e aprimoramento no atendimento do menor abusado, de forma que este método é um meio mais eficaz e menos danoso ao menor, de forma que o público infante-juvenil não sofra uma nova (re)vitimização.

2. DEFINIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO ABUSO SEXUAL NA HISTÓRIA

O aspecto conceitual é de suma importância para compreensão do objeto de pesquisa, trazendo a discussão para

o tema que está sendo estudado, concernente ao abuso sexual de crianças e adolescentes, segundo Barbosa (1999, p.39) não existe conceitos precisos que distingam abuso e exploração sexual, pois um ato se reverte no outro, e precisa-se basear na experiência empírica para diferenciá-lo; conforme seu entendimento,

O Abuso sexual é a utilização para fins sexuais do corpo de uma criança ou adolescente, por parte de um adulto. Caracteriza-se pelo não consentimento da vítima, que é coagida física, emocional ou psicologicamente. Trata-se, portanto, de uma relação bilateral para satisfação unilateral do abusador. Compreende desde atos libidinosos até o estupro.”

Para Azevedo e Guerra (1989, p.42), define abuso sexual como “todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa”

Quanto ao ponto de vista conforme literatura médica,

[...] abuso sexual consiste no uso de uma criança para fins de gratificação sexual de um adulto ou adolescente cinco anos mais velho, criança imatura em seu desenvolvimento e incapaz de compreender o que se passa, a ponto de poder dar o seu consentimento informado. O consentimento informado está vinculado

à capacidade ou à incapacidade do indivíduo para tomar decisões de forma voluntária, correspondendo direta ou indiretamente ao grau de desenvolvimento psicológico e moral da pessoa. A autonomia ocorre quando o indivíduo reconhece as regras, que são mutuamente consentidas, as respeita e tem a noção de que podem ser alteradas.

Por fim, Morales (2009, p.18) considera o abuso sexual como todo tipo de contato sexualizado, desde falas eróticas ou sensuais e exposição da criança a material pornográfico até o estupro seguido de morte. Incluindo carícias íntimas, relações orais, anais, vaginais com penetração ou não, além do voyeurismo e exibicionismo, entre outros.

Observa-se, portanto, que apesar das variações terminológicas as definições se complementam e este conceito precisa ser discutido em todos os pontos de vistas. Os entendimentos apontam para um adulto em relação a uma criança que imbuído de suas forças e motivos ultrapassa um limite, não respeitando o outro (criança) em um ato de violência, utilizando muitas vezes do emprego de uma força física ou uma intimidação moral.

Falar de abuso sexual infantil de vulnerável é reiterar uma patologia social que nos rodeia desde sempre. Este fato é condenado moralmente e já estava inserido até mesmo nas leis de Moisés quando registrou no livro de Levíticos capítulo 18.6 que “nenhum homem se chegará a qualquer parenta da sua carne, para descobrir a sua nudez” (BÍBLIA, 2011).

Encontramos neste cenário histórico casos de tamanha desproteção visto que muitas crianças eram sacrificadas simplesmente pelo fato de nascer com deformações, este seguimento populacional estava longe de ser considerados sujeitos de direito (AZAMBUJA, 2006).

Não se pode ignorar que os atos sexuais entre adultos e crianças datam desde a Antiguidade (AZEVEDO & GUERRA, 1988), e são diferentes os posicionamentos da sociedade no decorrer do tempo, pois esta pratica varia com a época e o local.

Em um debate sobre o tema abuso sexual infantil, o psicanalista José Carlos Guedes destaca que na escala evolucionista, durante a idade média, a criança não tinha o menor valor, o filho era apenas uma prova da virilidade do pai e uma forma de se apresentar na escala de ascendência, ou seja, sucessão patrimonial. Ressalta que em meados do início do século XVIII, o Rousseau aponta que a criança começou a ser vista de uma forma diferente, surgindo uma preocupação com a educação seu desenvolvimento individual levando aproximadamente um século este trabalho de interesse pela criança em lato sensu. Até que no início do século XX, Freud usa pela primeira vez a expressão “sua majestade o bebê” chamando nossa atenção para a formação da criança desde o útero materno.

2.1 ABUSO SEXUAL DE VULNERÁVEL INTRA E EXTRAFAMILIAR

O abuso sexual intrafamiliar é uma espécie de violência que a criança é exposta no lar, o agressor pertence à esfera familiar, podendo ser os pais biológicos ou adotivos, padrastos, irmãos, avós ou tios.

É imprescindível diferenciar o abuso sexual do incesto porque as práticas sexuais entre familiares desde que não envolva menores são predominantemente cultural, e estas podem ser cercadas de afeição e atração sexual mútua, que neste contexto descaracteriza o abuso. A autora Patrícia Calmon conceitua incesto como:

O incesto é qualquer tipo de contato sexual entre parentes do mesmo sangue e afins, desde que sejam adultos e a relação não seja atravessada pelo poder. Neste caso, eles apenas infringem uma norma social. Já o sexo com crianças é um abuso, porque ela não tem capacidade de consentir.

A utilização do menor para satisfação do desejo sexual, usando de força e poder é um dos meios mais cruéis de maltratar uma criança, e esta prática ocorrida dentro do seio familiar não é de fácil constatação, pois nesta ceara encontramos no mesmo grupo familiar os protagonistas, vítima e abusador.

Na história de vida de Joice Meyer, pastora e autora cristã, ela relata: “fui abusada sexualmente, mentalmente, emocionalmente e verbalmente pelo meu pai desde quando conseguia me lembrar até aos 18 anos”. Afirmou ter sido objeto

das perversões paternas e de suas ameaças, tais que criavam em seu interior insegurança e constrangimento. “acho que era exatamente assim que eu me sentia como se todas as meninas fossem princesas, e eu lobo, eu tinha um terrível e vergonhoso segredo, que me consumia.” Por fim, Joice afirma que seu pai a violentou umas 200 (duzentas) vezes até chegar aos 18 (dezoito) anos.

Por se tratar de menores indefesos e possuidores de uma mentalidade imaginária, diagnosticar um abuso intrafamiliar, é um trabalho árduo, pelo peso da credibilidade; é a voz de uma criança versus de um adulto, principalmente quando não pode ser detectada pela via física.

Por outro lado, o abuso sexual extrafamiliar ocorre, quando o agressor não pertence à esfera familiar, podendo ser conhecido e próximo a família, como por exemplo, um vizinho, amigo, professor, médico, ou qualquer outra pessoa completamente desconhecida.

É classificada por Martins (2010, p.55) como:

A denominação abuso sexual extrafamiliar é utilizada para designar a violência sexual que ocorre fora do círculo familiar e em geral é o tipo de abuso sexual mais denunciado, principalmente porque as outras formas de abuso sexual como o ato atentado violento ao pudor, atos libidinosos, sedução e assédio sexual nem sempre são percebidas pela sociedade como o abuso sexual.

Tanto o abuso sexual intrafamiliar quanto extrafamiliar, trazem consequências devastadoras nas vítimas e estas precisam ser ajudadas, pois deixam de ser sujeitos tornando-se objetos de desejo.

O desafio está em visitarmos a história e reconhecer que em nossas memórias existe uma série de registros de equívocos que aconteceram, onde as “pessoas” cometeram erros que deram a origem deste fenômeno, ou seja, do abuso sexual. Não com a pretensão de criar um tribunal de julgamento, mas como um meio de promover a evolução.

3. O ABUSO SEXUAL E SUA DIMENSÃO PSICOSSOCIAL

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA PSICOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO

As definições e espécies do “abuso sexual infantil” é apenas uma vírgula de uma história longa que precisa ser escrita através do diálogo com outras ciências para que se possa demonstrar a amplitude e complexidade do tema proposto.

Antes de entrarmos nos requisitos específicos e comportamentais, precisamos ter uma compreensão geral concernente ao processo de desenvolvimento do ser humano.

Para efeitos práticos, Biaggio (2005, p.19, 20), diz que o desenvolvimento não se restringe a determinadas faixas de idade e que devemos estudar o desenvolvimento de comportamentos no decorrer da vida do indivíduo.

Neste sentido, surge a Psicologia do Desenvolvimento também chamada de aprendizagem social, estudando as mudanças de comportamento que ocorrem em função de intra-organísmicos e de eventos ambientais que ocorrem dentro de determinada faixa de tempo, analisando as relações sociais, histórias individuais de vida e mudança histórica.

Em se tratando de psicologia do desenvolvimento, é mister destacar Piaget, onde esquematiza o desenvolvimento intelectual em estágios a saber: sensório motor (0 a 2 anos - onde ainda não há capacidade de abstração e a atividade intelectual é de natureza sensorial e motora), pré-operacional (2 a 6 anos - onde é desenvolvido a capacidade simbólica, distinguindo um significador “imagem, palavra ou símbolo” do que ele significa “o objeto ausente” o significado), operações concretas (7 a 11 anos – onde o pensamento possui uma assimilação rica e integrada em equilíbrio e com um mecanismo de acomodação) e operações formais (12 anos em diante – formulando hipóteses e testando de forma sistemática, pensando em termos de possibilidades e apto a utilizar os métodos experimentais da ciência.

Não obstante a maior parte das teorias do comportamento nascerem da psicologia acadêmica, cumpre registrar que a teoria de Freud foi oriunda de uma clínica médica, desenvolvendo assim a psicanálise e a teoria do comportamento ou da personalidade conhecida como psicanalítica (BIAGGIO, 2005, p.103).

Freud discute patologias existentes nos indivíduos, mas sua preocupação não está focada apenas em seus comportamentos, é muito mais ampla, pois abrange também seus pensamentos e sentimentos.

Estruturando a personalidade humana, estima que a primeira estrutura seja o id, ou o princípio do prazer, a segunda o ego ou o princípio da realidade e a terceira o superego representando as restrições das normas culturais, sendo que estas estruturas sempre conflitam entre si gerando mecanismos de defesa inconscientes.

Ainda sobre este ponto, destaca que o desenvolvimento da personalidade é subsidiário ao desenvolvimento do instinto sexual.

Quanto à teoria de aprendizagem social, pode-se dizer que esta ocorre por meio da aprendizagem de novas respostas através da observação de outras pessoas.

Segundo esta teoria, o processo de aprendizagem se dá a partir da observação de um determinado comportamento, produzindo a repetição do mesmo em uma espécie de imitação modelo.

3.2 BREVE ABORDAGEM DA TEORIA DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS

Partindo do pressuposto que é necessário entendermos as bases psicossociais do fenômeno abuso sexual de vulnerável,

estudar sobre o pensamento social e sua diversidade é imperioso e desafiador.

Martins citando Moscovici (2003) ressalta que esta teoria se encontra na compreensão do senso comum, advindo da prática, voltada para a comunicação e compreensão do contexto social, ou seja, é no âmbito do cotidiano que se constroem as representações sobre a violência sexual.

A teoria das representações sociais é uma extensão da obra de Durkheim, em sua cartografia é através do pensamento que a sociedade elabora e expressa a sua realidade.

Em linhas gerais, aquilo que é desconhecido pode ser até encantador, mas é desconfortável, e gera um desequilíbrio, é preciso que haja uma aproximação familiar, neste sentido, é o pensamento que transforma o abstrato no concreto, não pela repetição e sim pela reconstrução, portanto a elaboração do real se dá pelo seu meio.

Assim, Wagner (2000, p.15), ao apontar sobre Representação Social, destaca como um conteúdo mental cognitivo, avaliativo, afetivo e simbólico sobre um fenômeno social relevante que toma a forma de imagens ou metáforas, conscientemente compartilhado com outros membros do grupo social.

Nesta perspectiva, considera-se que tanto o abusado quanto o abusador, é indagado sobre o abuso sexual infantil, sua fala esta recheada das representações sociais, contida em suas histórias, forma de pensar e acontecimentos em sua volta.

3.3 PERFIL COMPORTAMENTAL DO ABUSADO E ABUSADOR

3.3.1 Abusado

Não há um perfil real estabelecido para uma criança denominada como abusado, visto que o risco de ser uma vítima não depende de características pessoais nem sociais, podendo ser tanto do sexo feminino (meninas) quanto masculino (meninos).

Sabe-se que a criança por ser um ser em desenvolvimento compreende o mundo por experimentos que se armazenam em sua memória em formas de marcas ou registros.

É importante salientar que todo o acontecimento quer seja bom ou ruim ficam alojados no inconsciente. Sendo assim, experiências traumáticas deixam marcas profundas e muitas vezes irreversíveis contribuindo positivamente ou negativamente na personalidade do mesmo.

A observação e atenção são requisitos fundamentais para diagnosticar o perfil do abusado que vão de um extremo ao outro. Apesar da complexidade os comportamentos assumidos variam, em:

[...]comportamento agressivo, mau desempenho escolar, raiva, fuga de escola, vergonha excessiva, perturbações no sono, medo de escuro, poucas relações com colegas ou companheiros, mudanças no apetite. Práticas de delito, tendências suicidas, depressões, toxicomania,

prostituição infanto-juvenil, gravidez precoce. Regressão ao estado de desenvolvimento anterior. Comportamento sexual inadequado para a sua idade. Sendo que a criança e o adolescente apresentam conhecimento ou comportamento sexual, não compatível ao seu desenvolvimento infantil. Medo de certa pessoa, de ficar sozinha em algum lugar com alguém. Não quer mudar de roupa em frente das pessoas. Dor ou inchaço, lesão ou sangramento nas áreas genitais ou anais, infecções urinárias, secreções vaginais ou penianas, baixo controle dos esfíncteres, erupções na pele, vômitos e dores de cabeça sem qualquer explicação médica. (MORALES, 2009, p. 48)

Ademais se destaca também que muitos até canalizam este sentimento em jogos, desenhos, roupas e brincadeiras como forma de expressão.

3.3.2 Abusador

O abusador pode ser representado por qualquer pessoa, que definimos exteriormente como “normal”, ou seja, alguém que se comunica, possui influencia, autoridade, poder e força de subjugação.

Em uma análise extrínseca, é uma pessoa comum, de difícil identificação pela facilidade de mascarar e esconder uma personalidade perversa.

A figura do abusador remete-se para indivíduos que estão inseridos em qualquer classe socioeconômica ou raça. Para alcançar o objeto de desejo e satisfação do seu prazer, não medem consequências, muitos se escondem atrás de imagens, moralistas, politicamente corretos, religiosos até mesmo tradicionais.

Ao aproximarem das vítimas ou se portam como pessoas dóceis e amáveis dignos de confiança ou armados capazes de matar, dispostos a tudo para obter suas vítimas.

Por oportuno, ressalta-se que apesar de compreenderem seus comportamentos, muitas vezes utiliza de técnicas de neutralização para conseguir seu objetivo, sua conduta é racional, e tal comportamento embora seja considerado fora da lei, em sua concepção é totalmente aceitável.

Neste diapasão, o abusador tem plena consciência de suas práticas, tanto que repete seu comportamento abusivo quer seja com a mesma vítima ou outras gerando um ciclo vicioso, “Ele queria que eu trouxesse meninas da escola para casa, para que ele pudesse abusar delas!” (JOICE MEYER).

Em um ato totalmente de covardia ao serem denunciados ou descobertos, sempre negam seus comportamentos. Esse desvio comportamental abrange tanto a figura do abusador no âmbito intrafamiliar quanto extrafamiliar.

Dentre as inúmeras leituras comportamentais do abusador, encontramos aqueles indivíduos solitários, frustrados, pervertidos, sedutor.

Reforça-se que existem perfis comportamentais psicopatas, com históricos de crueldade e extrema violência, estes a satisfação não está no ato sexual em si, mas no prazer auferido pelo sofrimento da vítima, sua espécie de conduta normalmente tem caráter obsessivo.

Serafim, Saffi, Rigonatti, Casoy e Barros (2009), citando o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais ressalta que:

A prática do abuso pode ser caracterizada como o comportamento desviante denominado parafilia (do grego para – ao lado de, oposição + philos = amante, atraído por) se for motivada por transtorno de preferência sexual. Notadamente, as parafilias são caracterizadas por impulsos sexuais intensos e recorrentes, modulados por fantasias e manifestação de comportamentos não convencionais, como ocorre no fetichismo travestismo fetichista, exibicionismo, voyeurismo, necrofilia e pedofilia.

Quanto ao abusador que foi violentado sexualmente a infância, acredita-se que sua conduta não passa apenas de uma forma de repetição, justificando seu comportamento inadequado como instrumento de reprodução.

Sob o ponto de vista da psicanálise, este indivíduo sofria na sua interioridade, Lacan diria que o inconsciente não está no registro do indivíduo “eu” mas para além dele, em um campo simbólico capaz de produzir o mal estar; e nesta cartografia, o sujeito mediante sua impossibilidade

potencializa sua experiência erótica, que se torna patente pela forma de perturbação e violência, ocasionando inúmeros transtornos patológicos afetando a identidade de gênero (que indica padrões de masculinidade e feminilidade, a saber formas de pensar, agir e sentir)

Neste sentido, desenhar o perfil comportamental autêntico do abusador, é completamente desafiador, em uma reportagem realizada por Eliane Brum o abusador sexual não tem cara, pode ser qualquer um.

3.4 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E SEUS IMPACTOS

A violência psicológica implica em danos emocionais que afetam o ego das crianças, uma vez não diagnosticado, produzem traumas e perspectivas distorcidas do mundo.

É importante destacar que a violência psicológica é composta por ameaças e chantagens, e estas produzem grandes impactos no processo de aprendizagem bem como na capacidade de construção das relações interpessoais, segundo Morales (2009), comprometendo e dificultando o seu desenvolvimento sadio e harmonioso no seio de sua família e também no meio social no qual a criança ou o adolescente está inserido.

Koller, Habigzang e Hohendorff (2014, p.61), diz que é comum que meninos e homens vítimas de abuso sexual passem a questionar se seriam homossexuais pelo fato de ter sofrido violência sexual perpetrada por outro homem.

Os impactos diretos são as sequelas traumáticas que geram distúrbios e stresses, proporcionalmente a singularidade da experiência de cada vítima (sendo em um episódio ou contínuos).

Acredita-se que um único episódio embora desconfortável e traumatizante, traz menos consequências negativas do que os que acontecem com maior frequência (contínuos), condicionando as vítimas a viver em um estado permanente de apreensão. O que não se pode afirmar, pois não se tem como medir com exatidão uma dor.

Podemos considerar a violência psicológica como um dos problemas mais graves e que não conseguimos enxergar com facilidade a olho nu, sobrepõe as aparências. Em uma linguagem simples, podemos dizer que é a sujeira empurrada para debaixo do tapete, composta por uma psique deformada.

De qualquer modo, a psicanálise serve como um ponto de partida, para compreensão deste fenômeno, onde o comportamento, a personalidade e a sexualidade que irão contribuir na promoção, construção e o entendimento destas práticas e condutas.

Ademais, este impacto poderá ser amenizado quando os familiares, amigos e estado, compreendem a importância do atendimento tanto sob o aspecto estrutural quanto comportamental, especializado oferecido por profissionais treinados e capacitados como consagra o ordenamento jurídico.

Vale enfatizar que não existe uma solução única ou mágica, trata-se de uma possibilidade preventiva e corretiva a

ser desenvolvido com o intuito de alcançar um bem estar, pois o pleno e o absoluto não existem, sempre haverá um vazio e um desejo.

Nesta direção, a ação humana esta inserida no conjunto de sentidos e significados quer seja sob a perspectiva da teoria da aprendizagem social quer seja sobre as representações sociais.

4. O ABUSO SEXUAL E SUA DIMENSÃO JURÍDICA

4.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao sairmos de um regime totalmente militar onde fomos desrespeitados e esmagados por uma ditadura, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi o divisor de águas trazendo avanços integrados á defesa e promoção da pessoa humana enquanto integrada ao grupo familiar. Entendimento como “respeito” ecoou como norma e o constituinte no artigo 1º, III assevera que:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[..]

III – a dignidade da pessoa humana.

Encontramos diversos entendimentos para dignidade humana, vincula-se juridicamente a preceitos de integridade física e psíquica das pessoas. Neste sentido, Sarlet, aponta algumas características do que é, e o que não é dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2008, p. 63)

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de

mero objeto de arbítrio ou injustiças.
(SARLET, 2008, p.62)

Considerando estas possibilidades, torna-se evidente que o abuso sexual de vulnerável negligenciou o sentido valorativo e conceitual de dignidade da pessoa humana. Não há o que se falar em valor supremo em meio a traumas, impactos, lesões, e violação na vida das pessoas.

A reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana sai da esfera egoísta (pra si apenas) e submerge nas profundezas igualitárias, ou seja, “as pessoas” “qualquer pessoa” ou “todas as pessoas” enfim “os pares” sem exceção. Porque a dignidade, não está vinculada ao aspecto moral, político, religioso, patrimonial muito menos cultural, vai pra além da vida.

Na perspectiva do abusado, o abuso sexual de vulnerável é uma espécie de discriminação, onde o mais forte sobrepõe ao mais frágil, para que haja um equilíbrio nesta situação fática, o meio a se fazer valer é através de uma medida judicial.

O acesso à justiça surge como uma forma de efetivar as normas constituídas em nosso ordenamento jurídico, neste raciocínio, o legislador resguarda de maneira incisiva os direitos das pessoas, e fundamenta o princípio da dignidade da pessoa humana, como um norte para ser exaurido no âmbito das relações.

O respeito à dignidade dever ser observado desde o momento do primeiro acolhimento a vítima, até a sua

representação; a ausência de um ambiente adequado e o despreparo profissional é uma forma revitimização.

De um lado temos o comportamento indigno do abusador, e do outro a vulnerabilidade do abusado e o respeito com o mesmo.

Assim, retomando este diálogo, quando analisamos as estruturas existenciais no município de Mariana, indaga-se se reconhecemos este valor expresso no atendimento ao abusado e se adotamos uma postura de defensiva e protetiva como prioridade.

4.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No Brasil adotamos a doutrina da proteção integral à Criança e ao Adolescente expressa tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A Constituição da República/1988 em seu artigo 227 assevera que:

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(GRIFO NOSSO)

Este princípio rompe com os estigmas, autoritarismo, estereótipos negativos e lança por terra discriminações, instituindo direitos fundamentais.

Quando analisamos sob a ótica do “dever” podemos assimilar na concepção de obrigação, tarefa ou função que está para além destas elencadas por tratar de uma responsabilidade constituída ao ser mais frágil de desenvolver de forma plena sua personalidade e de ter esta preservada de qualquer situação de risco.

É notório, portanto compreender que a situação de risco na perspectiva do abusado vulnerável, esta relacionada às reações negativas da família (quando o abusador é denunciado e trata-se de abuso intrafamiliar gerando desconfianças e incertezas, quando trata-se de pessoa totalmente desconhecida ,extrafamiliar, gera vergonha) e o despreparo dos profissionais no momento do atendimento dos mesmos.

Observa-se que o princípio da proteção integral da criança, está interligado com o princípio da prioridade absoluta, compreendendo atendimento, proteção e preferência, incentivando criação de programas assistenciais para os vulneráveis submetidos ao abuso sexual.

4.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para auxiliar toda e qualquer construção, precisamos de informações iniciais para servir como ponto de partida para toda e qualquer discussão, como uma forma de nos adequarmos a legislação sobre o direito das crianças, o Brasil no dia 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente denominado de “ECA”, nascendo assim a Lei 8.069/90.

Observa-se que nas disposições preliminares da referida lei “federal”, encontramos o conceito jurídico de criança e adolescente, mais especificamente em seu artigo 2º assevera que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Ressalta-se que esta Lei 8.069/1990, veio para solidificar a Constituição da República de 1988, nos aspectos da proteção integral, prioridade absoluta e quanto ao atendimento dos serviços públicos, e encontramos fundamentos para amparar a afirmativa nos artigos 3º, 4º e 5º deste diploma legal que dispõe:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral do que trata esta Lei, assegurando-se-lhes por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral,

espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único - A garantia de prioridade compreende:

primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (GRIFO NOSSO)

Somando a isto, conforme Vilga, Félix e Urvanegla (2009, p.55) o abuso sexual existente nas relações familiares tidas como sagradas, confusão nos conceitos de valores transmitidos, o complô do silêncio, a estimulação precoce da sexualidade e erotização do afeto configuram violações do ECA quanto ao disposto nos artigos 17 e 18:

Art.17 – O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física,

psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art.18 – A criança têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos, executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, trata-los, educa-los ou protege-los.

Ademais, no artigo 88 e 132 do ECA encontramos as diretrizes da política de atendimento, regulamentando dentre outros a criação de no mínimo um Conselho Tutelar (órgão permanente e autônomo, não jurisdicional composto por cinco membros eleitos pela população local) em cada município, com o papel de controlar, decidir , coordenar e zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Outrossim, de acordo com BALBINOTTI (2008), as medidas de proteção à criança serão providenciadas, conforme regra o artigo 101 do ECA, e o Ministério Público será avisado sobre a infração penal ocorrida. Concomitantemente, a autoridade policial promoverá a abertura do inquérito, onde a vítima cumprirá formalidades periciais como, por exemplo, exame de corpo de delito.

4.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL ARTIGO 217- A

Sob a égide legal, a legislação brasileira trata a violência sexual em seu Título VI, como “Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Ao longo do tempo a legislação que trata sob o estupro passou por muitas mudanças, o grande divisor de águas surgiu em 2009 ampliando este conceito e aumentando a pena para o crime.

Segundo Greco (2015), o conceito de crime deve ser observado a partir de análise do seu aspecto formal, material e analítico. Quando ao aspecto formal, o crime seria toda conduta que atentasse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado, já no aspecto material é toda conduta violadora dos bens jurídicos mais importantes e por fim o aspecto analítico crime é a análise das características ou elementos que compõe a infração penal, ou seja sua ação típica, ilícita e culpável. Enquanto que conduta é sinônimo de ação e comportamento humano.

Rassi (2011, p.65) destaca que quanto à classificação do Código Penal, são absolutamente incapazes os menores de quatorze anos e os que de qualquer forma, têm excluída sua capacidade de resistência, merecendo proteção especial em virtude de sua condição pessoal de fraqueza individual ou social.

Neste sentido, entende-se que são merecedores de proteção até que sejam capazes de decidir e entender por si

sobre a sua sexualidade, a violação deste direito, pode implicar em sérios prejuízos quanto a sua formação sexual e até mesmo quanto ao processo de socialização, trazendo consequências como perturbações em seu equilíbrio psíquico oriundo de tais incompreensões, como abordamos no capítulo 2 ao tratar dos aspectos psicossociais do abuso sexual de vulnerável.

O conceito de vulnerável possui diversos enfoques, Rassi (2011) diz que considera-se vulnerável toda pessoa merecedora de maior proteção, por estar em uma situação de fragilidade.

O Código Penal em seu artigo 217-A dispõe:

Art.217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º VETADO

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Dentro da perspectiva jurídica, no âmbito organizacional, ou seja, de sua formação, Rassi (2011) ressalta que abuso

sexual de vulnerável é constituído por dois elementos, um objetivo (desigualdade) caracterizado pela conduta do agressor que age em uma posição de superioridade física, econômica ou mental e outro subjetivo (aproveitamento), nesta o agressor para alcançar seu objetivo obtém o consentimento da vítima em troca de presentes, prêmios, ou simplesmente pelo não entendimento da circunstância, permitindo por obediência, em uma demonstração de amor.

Convém ressaltar que conforme o artigo 217-A, presente algumas das situações acima descritas, esta violência é caracterizada como “estupro”, pese-se que a violência é presumida, neste sentido, a ação é pública incondicionada.

Para Martins (2010, p.62) estupro significa “ato de constranger alguém a ter relações sexuais, sem consentimento, mediante o uso da violência, física, psicológica ou de graves ameaças, podendo ocorrer tanto na esfera privada como nos espaços públicos, e ser praticada por pessoa conhecida ou não da vítima.”.

5. A PERCEPÇÃO DOS PROFISSIONAIS QUE ATENDEM AS VÍTIMAS

5.1 OS SUJEITOS ENTREVISTADOS

Considerando a grande demanda do fenômeno abuso sexual de vulnerável no município de Mariana, situada na região dos inconfidentes, descartamos a possibilidade de realizar esta pesquisa com os relatos das vítimas, visto que

seria inviável, mediante a situação de sigilo, por ser tratar de menores e realizamos com profissionais que lidam diretamente e diariamente com este fenômeno em nosso município, seleção esta amparada pela autorização dos mesmos bem como sua percepção técnica e especializada, cuja fonte transmite confiabilidade na informação dos dados.

Esta pesquisa envolveu cinco tipos de situações com os respectivos sujeitos:

1. Entrevista realizada na sala de atendimento do técnico de referência de abuso sexual infantil, pelo Psicólogo do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), situado na Rua Mestre Nicanor, nº 135, Centro, Mariana/MG,

2. Entrevista realizada mediante preenchimento escrito do questionário, pelo Promotor de Justiça com atuação perante a Promotoria Especializada na Defesa da Infância e Juventude da Comarca de Mariana/MG.

3. Entrevista realizada mediante sala de atendimento e preenchimento escrito do questionário, pela Assistente Social do Conselho Tutelar de Mariana, situado a Rua Wenceslau Braz, nº 88^a, Centro, Mariana/MG.

4. Entrevista realizada na residência da coordenadora interna do abrigo provisório que atende criança e adolescente da Unidade de Acolhimento Institucional antiga “Casa de Passagem” situada a Rua Amâncio Arinos de Queiroz, nº 232, Colina, Mariana/MG.

5. Entrevista realizada mediante preenchimento escrito do questionário, pelo Analista do Ministério Público, na área jurídica com atuação perante a Promotoria de Justiça.

5.2 O CENÁRIO DE PESQUISA

Embora o tema abuso sexual de vulneráveis seja de grande dimensão e tamanha gravidade, esta pesquisa não busca a solução para o mundo, mas retrata a viabilidade de adaptação e melhoria para o cenário local, qual seja, o município de Mariana.

Em suma, esta pesquisa recorreu a instituições de atendimento às vítimas de violência sexual do município de Mariana, a saber: o Conselho Tutelar, o CREAS, a Delegacia Local, a Delegacia de Ouro Preto(regional), a Promotoria Especializada na Defesa da Infância e Juventude da Comarca de Mariana e a Unidade de Acolhimento Institucional.

5.3 OS DADOS DA ENTREVISTA

Os profissionais entrevistados, em categorias distintas, responderam ao mesmo roteiro de perguntas, que tiveram uma duração em torno de 23(vinte e três) a 30 (trinta) minutos, devido à linguagem dos entrevistados, sendo uns mais sucintos e outros mais extensos. Algumas entrevistas foram gravadas e transcritas, outras anotadas e digitadas, para poder ser analisadas.

Vale ressaltar que não solicitaram a preservação de sua identidade, por sentirem colaboradores no processo de desenvolvimento e crescimento acadêmico. Contudo, não foi possível colher os relatos nas delegacias, pela demanda de serviço, sendo desmarcada a entrevista, registrando apenas dados observados concernente a estrutura física das mesmas.

Para apresentação das falas dos sujeitos entrevistados optou-se pela padronização e uniformização na forma da sigla “P” como abreviação de profissional, seguida do número em ordem sequencial.

Portanto, o quadro abaixo indicada o profissional entrevistado e a sigla correspondente:

Sigla	Profissão	Onde atua	Formação/ Instituição	Tempo de atuação no órgão
P1	<u>Psicólogo</u>	<u>CREAS</u>	<u>UFSJ</u>	<u>05 anos</u>
P2	<u>Promotor de Justiça</u>	<u>Promotoria Especializada na Defesa da Infância e Juventude da Comarca de Mariana</u>	<u>Ministério Público do Estado de Minas Gerais</u>	<u>22 anos</u>
P3	<u>Assistente Social</u>	<u>Conselho Tutelar</u>	<u>UFOP</u>	<u>11 meses</u>
P4	<u>Coordenadora e Estudante de Serviço Social</u>	<u>Unidade de Acolhimento Institucional</u>	<u>UNISEB</u>	<u>06anos</u>
P5	<u>Analista do Ministério Público, na área jurídica.</u>	<u>Ministério Público de Minas Gerais</u>	<u>UFOP</u>	<u>06anos 08 anos</u>

Na entrevista, ao questionarmos sobre a categoria profissional encontramos os seguintes relatos:

Há mais de cinco anos, que trabalho no CREAS, desempenhando a especialidade de atuação e atendimento de casos que envolvam violência sexual especialmente com crianças e adolescentes e aproximadamente seis anos e meio que atua neste seguimento (P1)

Há vinte e dois anos que trabalha com atuação perante a Promotoria Especializada na Defesa da Infância e Juventude, atua como Promotor de Justiça na Comarca de Mariana.(P2).

Há onze meses que trabalha como Conselheira Tutelar desempenhando serviço social perante o Conselho Tutelar de Mariana.(P3).

Há seis anos que trabalha como Coordenadora Interna do abrigo provisório que atende crianças e adolescentes e trata-se de um abrigo municipal. (P4)

Há oito anos que trabalho em Promotorias de Justiça com atribuição mista, desde então passei a ter contato com alguns casos de abuso sexual de vulnerável.(P5)

O primeiro entrevistado afirmou que trabalha com encaminhamentos de casos, destacando que se trata de equipamentos ligados a rede de proteção de direitos, como por exemplo, do Conselho Tutelar, da Promotoria, da Primeira Vara da Infância e Juventude, da Delegacia Civil e além disse que atua com outros seguimentos da própria rede da política da

assistência social e política de saúde, que são os CRAS, os ESF – Equipes de Saúde e Família, e os equipamentos de saúde mental que no município é o CRESCER no âmbito do atendimento infanto-juvenil e o CAPS que é pro atendimento saúde mental no seguimento adulto. Os casos são por denúncias espontâneas, comparecimento pelas vítimas ou encaminhados, onde e feito um registro/cadastro que é composto da família. Ressaltou que é analisado o contexto familiar, considerando que a vítima nunca esta sozinha, não é um fato isolado, analisa o global não só o sujeito.

O segundo entrevistado destacou que, o Ministério Público de Minas Gerais, aborda que o abuso sexual de vulnerável trata-se de um problema grave e, infelizmente, muito comum. Os abusos ocorridos no âmbito do núcleo familiar e de parentes próximos despontam como preponderantes e de difícil percepção. Muitas das vezes os abusos chegam à lume após anos de sua ocorrência, quer seja por medo das vítimas, quer seja por vergonha e, pior, quer seja por acobertamento das próprias mães que escolhem permanecerem com o agressor – pai ou padrasto, imputando à vítima a responsabilização pela conduta daquele.

O terceiro entrevistado afirmou que fazem a escuta da vitima e a acompanham até a delegacia para fazer o Boletim de Ocorrência e posteriormente acompanham até o posto de saúde para fazer o exame médico que comprove o abuso, após encaminham para o Ministério Publico, e para ser acompanhado pelo CREAS.

O quarto entrevistado ressaltou que a Unidade existe para acolher as crianças e adolescentes por várias violações de direitos, mas infelizmente 90% (noventa por cento) são concernentes ao abuso sexual. Afirmando que trata-se de crianças extremamente fragilizadas que criam resistência para estabelecer um laço de confiança e é complicado porque a coordenação precisa saber o que a criança passou mas precisa manter sigilo, até mesmo para alguns profissionais e quando conduz as mesmas para a escola precisa ter cautela para não criar especulações nem rótulos da vítima, neste sentido sua responsabilidade é fazer valer o direito desta vítima que conforme os casos que tem acompanhado em sua instituição são menores a partir de 03 (três) anos de idade. O abrigo é caso extremo, são encaminhadas pelo Conselho Tutelar mediante determinação Judicial.

O quinto entrevistado considerou que esta na carreira desde 2008, trabalhando e em Promotorias de Justiça com atribuição mista, desde então passei a ter contato com alguns casos. Frisou que relativamente ao tipo de abordagem da instituição, cuida-se de uma espécie de criminalidade que sempre desperta uma particular preocupação, contudo, ao menos no interior, não tem um aparato específico para este tipo de caso. Nas capitais, de outro lado, o Ministério Público possui um Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, sendo este um braço especializado que presta suporte a todas as unidades do MP, no Estado de Minas Gerais.

Ao abordar sobre a capacitação técnica como imprescindível para o atendimento as vítimas de vulneráveis ou a possibilidade da inserção de mais profissionais encontramos:

Embora seja um dilema de serviço público de modo geral, ressaltou que por ser a assistência uma política nova se comparada com a saúde que possui seu marco regulatório consolidado, acredita que pecam por não viabilizara garantias por melhores condições de trabalho, de reivindicação de um quadro técnico que seja capaz de atender a demanda. Uma vez que cada profissional devesse se ocupar com no máximo 30 caso (famílias), atualmente atendem o dobro. A demanda é muito grande, e embora haja previsão na legislação do profissional do direito, que seria extremamente importante na orientação e acompanhamento dos casos, ressaltou que este profissional já atuou por duas vezes, mas atualmente não possuem este serviço, pois este não é efetivo, dependendo muito da motivação política do município garantir ou não a presença deste. (P1)

Indiscutivelmente uma capacitação técnica seria de todo imprescindível para uma correta apreciação da situação, especialmente na Delegacias de polícia. Numa sociedade machista há a tendência a se crer que a vítima ou tenha se “Insinuado” ao agressor ou não seja dado credibilidade à sua palavra. Portanto há a necessidade de que profissionais qualificados acompanhem a vítima até para que seja aferido minimamente a veracidade de suas declarações. (P2)

As conselheiras são todas formadas em Serviço Social, o que em alguns momentos dificulta, pra isso contamos com a articulação da rede que é composta por uma equipe multidisciplinar (pedagogos, psicólogos e terapeuta ocupacional). (P3)

A equipe em que trabalha é composta de: uma coordenadora, um psicólogo, um assistente social, um TO (terapeuta ocupacional), a coordenadora de proteção da alta complexidade e as monitoras que são capacitadas pelo próprio município ou as vezes é necessário em outro município mas acredita ainda ser pouco, pois em determinado momento se mistura com o lado pessoal dos profissionais, pois o abuso é difícil de ser processado, acreditando que se trata de um ciclo que não se rompe.(P4)

Em razão das funções que desempenho, não tenho contato direto com as vítimas. Não obstante, observo uma preocupação por parte de todas as autoridades envolvidas com a persecução penal no sentido de evitar ou minimizar ao máximo a revitimização da criança ou adolescente. Inclusive, existe um projeto do Ministério Público do Rio Grande do Sul que propõe a criação das chamadas salas de depoimento sem dano. A ideia é de que os depoimentos das crianças/adolescentes vítimas de abuso sexual seja realizado por meio de profissionais especializados (psicólogos), em um ambiente especialmente decorado para que não se sintam constrangidos, como poderia acontecer no ambiente policial ou forense. Então, os sujeitos processuais (juizes, promotores, advogados) fariam as suas

perguntas em tempo real, por um sistema de vídeo conferência, de forma que o profissional habilitado intermediaria, evitando ou minimizando a revitimização.
(P5)

Os dados evidenciam que o município de Mariana ainda enfrenta algumas complexidades quanto ao fenômeno abuso sexual de vulnerável e com respeito a eficácia da política de proteção e segurança bem como em seus procedimentos revelaram que:

Não, a gente tem inclusive um aumento nos últimos três anos bastante significativo no número de ocorrências que envolvam violência sexual. Com relação a este fato pode-se pensar das diferentes formas: primeiro, dar visibilidade cada vez maior ao que estava sendo oculto, por ser um assunto espinhoso para a sociedade e muitos enfrentarem dificuldades para lidar com este tema, ou se omitem com receio em participar de algo do qual não consideram legítimo, ou não confiam nas autoridades competentes para dar o seguimento ao caso ou realmente desconhecem a rede de proteção. Então com este diálogo com os equipamentos há uma necessidade de dar visibilidade ao trabalho e conscientizar a população da importância de agir mais ativamente no combate a exploração, uma das formas utilizadas na ação de potencializar a ação de prevenção que precisa ter um engajamento cada vez maior nos equipamentos, são as campanhas anuais e divulgação nas escolas(professores/alunos/famílias) proporcionando debates contando com a

participação e atuação de outros equipamentos, qual seja saúde, educação e justiça, para auxiliar nesta divulgação. (P1)

Para não fugir à regra o Município de Mariana não dispõe de profissionais capacitados nessa seara. As vítimas de abusos são tratadas com profissionais que, embora atenciosos e com boa vontade, não possuem nem a qualificação especializada adequada e nem a experiência desejável. (P2)

A maior dificuldade é a omissão (família, escola, vizinhos, etc), Não é eficaz pois há falhas na rede. (P3)

Como todo município, a cidade de Mariana deixa muito a desejar, falta ainda muita política pública e é preocupante, pois conhecem tantos outros casos de abuso sexual de vulnerável que não chega ao abrigo, os registrados são minoria, ou seja, um grão de areia que recebem e prestam acompanhamentos, mas a demanda é enorme e falta política pública. (P4)

Prejudicada, visto que nunca trabalhei na cidade de Mariana (P5)

Hohendorff, Habigzang e Koller (2014, p.43) citando Furnis, mencionam que o abuso sexual de vulnerável, constitui um evento aversivo e desencadeador de sofrimento, onde as vítimas muitas vezes não revelam a ocorrência por medo;

contudo precisa de comprovação forense. Neste sentido perguntamos aos entrevistados como caracterizar o abuso sexual de vulnerável, sem os elementos (sinais) que exteriorizam o contato físico.

Neste caso, é uma atribuição específica do Conselho Tutelar, que diante de uma denúncia vai apurar o que de fato aconteceu, encaminhando a vítima até a Delegacia que faz um exame de corpo de delito para verificar se houve ou não uma situação de estupro. Nos casos que não envolvem situação de estupro, mas um relato de um abuso sexual envolvendo voyeurismo, manipulação de genitais, este caso é encaminhado diretamente pra nós (CREAS) e é no relato da própria vítima, onde atendemos a vitima, normalmente acompanhado de um responsável desde que este responsável não seja um dos envolvidos no crime cometido, e escutamos utilizando algumas técnicas psicológicas através de desenhos, interpretação de relatos, fazendo sempre um trabalho junto com as escolas, se a criança esta na idade escolar , vamos até a escola conversamos diretamente com a professora encarregada e fazemos análise dos trabalhos escolares, conversamos com os demais colegas de sala para ver alteração de comportamento, então tentamos construir através de um levantamento de vários seguimentos e campos os sinais e indícios que possam fortalecer a hipótese da violência. (P1)

Por meio da escuta atenciosa da vítima. Sua palavra, ouvida por pessoas qualificadas e experientes, em confronto com demais provas existentes no processo,

podem conduzir à adequada apuração. Nem sempre, todavia, os elementos de provas colhidos pela Autoridade Policial são minimamente adequados, passando ao largo detalhes que seriam relevantes. (P2)

Nesse caso solicitamos ajuda do psicólogo do CREAS. (P3)

Quando não há sinais se caracteriza pelo comportamento erotizado, se tratando de adolescente o desejo e as curiosidades ficam mais aguçadas, é diferente de uma simples curiosidade da idade. Normalmente a criança vem com este perfil. (P4).

Em crimes desta natureza, que via de regra são praticados por pessoas próximas, muitas vezes por parentes ou amigos da família e no âmbito das relações domésticas, doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que goza de particular importância a palavra da vítima. De outro lado, a doutrina já vinha propalando o entendimento de que o contato físico não é essencial para a configuração destes delitos. Inclusive, recente decisão do STJ endossou a tese, reconhecendo a configuração do estupro de vulnerável em caso no qual um adulto colocou uma criança nua e praticou a contemplação lasciva, sem qualquer contato físico.

Entretanto, à míngua de vestígios de contato físico, deve-se ter cautela a fim de que um profissional habilitado possa investigar a veracidade da denúncia, buscando saber se não se cuida de fruto da imaginação da criança ou mesmo de induzimento por parte de um terceiro. (P5).

Recorrendo à percepção dos profissionais quanto aos danos dos vitimados se são momentâneos ou permanentes e o que poderia ser feito para minimizá-los, obtivemos os seguintes relatos:

Na verdade não existe uma regra, infelizmente a maior parte dos danos são permanentes, e isto entra naquilo que a gente chama de quando discutimos a violência “no ciclo da violência”, então a criança que foi agredida ou sofreu violência em sua fase infantil, ela não é certo mais alguns estudos comprovam que existe uma probabilidade maior desta criança desenvolver transtornos mentais associados a esta violência quando atinge sua idade adulta, e como uma probabilidade grande de desenvolver uma conduta violenta nos seus relacionamentos, quer seja conjugal, familiar ou com os filhos que venha a ter futuramente. É o ciclo desta violência, que a gente tenta desde o início do atendimento desconstruir, dando atenção e permitindo que o sujeito fale sobre o que aconteceu encaminhando para os equipamentos adequados. Geralmente quando há uma situação de violência a gente diz que a pessoa sofreu um trauma, este obviamente pode ser minimizado em alguns casos as pessoas em função de suas trajetórias de formação familiar, elas conseguem desenvolver o que chamamos de resiliência que é a capacidade da pessoa superar obstáculos e sofrimentos durante a vida, sem que isso comprometa ela de modo significativo ou seja durante algum tempo isso sem dúvida nenhuma

vai impactar no modo de funcionamento da pessoa, da criança por exemplo percebe uma dificuldade de dormir, queixas de alterações do sono, pesadelos, uma alteração no ciclo de alimentação aumentando/diminuindo, um choro compulsivo em locais inadequados e circunstâncias não esperadas, muitas vezes na escola acontece da criança reproduzir a violência que ela sofre através de comportamentos e verbalizações com os colegas. Buscamos junto com as famílias desenvolver esta resiliência. (P1)

Pela experiência de longos anos, a grande maioria dos casos apresenta sequelas irreversíveis, variando em escala apenas. Tais sequelas devem ser tratadas com políticas públicas específicas. (P2)

Sim os danos são tanto momentâneos quanto permanentes, poderia ser realizado um acompanhamento sistemático da rede de Proteção a Infância e Adolescência. (P3)

Considero que os danos sejam permanentes porque temos casos que os pais (pai e mãe) passaram pela unidade sendo vítimas de abuso pelos pais e avós, tiveram filhos e os filhos também retornaram para o abrigo também vítimas de abusos pelos próprios pais/avós/tios, como um ciclo difícil de quebrar. Precisando de um acompanhamento psicológico muito sistematizado. Mediante estudos percebe-se que são poucos os relatos de quem dá conta de falar, enfrentar e quebrar este ciclo, considerando ser uma parcela mínima. (P4)

Imagino que tal resposta demandaria um estudo específico, caso a caso, e extrapolaria a esfera jurídica. Assim, não tenho condição técnica para responder. (P5)

Os entrevistados P2, P3 e P4 não conhecem especificamente sobre o projeto utilizado no Rio Grande do Sul, Depoimento sem Dano, contudo o P1 afirmou ter conhecimento de outros cujas ações são parecidas, afirmando de forma convicta que teria total cabimento no município de Mariana e o P5 afirmou conhecer este projeto e frisou ser uma das preocupações das autoridades envolvidas, minimizar o máximo a revitimização.

É uma tentativa que tentamos implementar. Outrossim acreditamos que o desenvolvimento de grupos com pessoas que cometem as violações de direito, no caso do âmbito da violação sexual da criança e do adolescente, a prevalência são homens adultos, precisa-se de um grupo direcionado para estas pessoas, já tentamos desenvolver grupos aqui, mas infelizmente por termos uma deficiência em termos de quadro, acabamos tendo dificuldades em abrir mão do atendimento individualizado para partir para o atendimento em grupo, ou seja coletivizado. Então precisaríamos de outros profissionais, de outras disciplinas para realizamos um trabalho multidisciplinar de outros campos do saber para contribuir na elaboração destes grupos. A intenção existe, a identificação da necessidade também, mas precisamos de uma interlocução com mais

profissionais do saber, dentro do serviço, para possibilitar esta prática. (P1)

Existe um projeto do Ministério Público do Rio Grande do Sul que propõe a criação das chamadas salas de depoimento sem dano. A ideia é de que os depoimentos das crianças/adolescentes vítimas de abuso sexual seja realizado por meio de profissionais especializados (psicólogos), em um ambiente especialmente decorado para que não se sintam constrangidos, como poderia acontecer no ambiente policial ou forense. Então, os sujeitos processuais (juízes, promotores, advogados) fariam as suas perguntas em tempo real, por um sistema de vídeo conferência, de forma que o profissional habilitado intermediaria, evitando ou minimizando a revitimização. (P5)

Diante das dificuldades de identificar com clareza as bases da violência sexual de vulnerável na perspectiva do abusado, os profissionais entrevistados foram questionados se a simples fala da vítima expressa tudo o que ela viveu ou é necessário utilizar de uma linguagem simbólica, vejamos abaixo:

Quando se faz o atendimento da vítima, óbvio que especialmente no primeiro atendimento é muito difícil conseguir estabelecer algo que é muito valioso que é o vínculo, no primeiro atendimento pode até ser possível devido à fragilidade do sujeito, e as dificuldades das necessidades que ele tem de se reportar, e se queixar. O foco da nossa atuação é na construção do vínculo que é a capacidade do sujeito

vitimado se sentir confortável e seguro pra dizer das suas vivências/experiências e construir desta relação novas possibilidades de vida e de felicidade. Esse vínculo muitas vezes exige um certo trabalho, pois no primeiro contato a vítima vai apresentar algumas barreiras e algumas dificuldades/defesas por serem vitimadas isso reverbera no comportamento da pessoa a desconfiança, pois muitas vezes foi abusada por uma pessoa que ela depositava uma confiança muito grande. Alguém da família, por exemplo, então a desconfiança aparece muito no relato imediato do sujeito, neste sentido precisa-se de um trabalho muito cuidadoso, não ter muita pressa para que o sujeito fale, mas um trabalho direcionado para que o sujeito sinta a vontade e acolhido, que possa conhecer como funciona o equipamento e entender o motivo/razões que envolvem a violência que foi cometida. (P1)

Não sou especialista, mas tendo a considerar que há muito a ser escavado nas palavras da vítima, trabalho este a ser desenvolvido por especialistas. (P2)

Isso fica a cargo dos psicólogos. (P3)

A fala vem por último pois nem sempre ela existe, o gesto, a postura, as brincadeiras, os desenhos elas conseguem reproduzir muito, geralmente um desenho muito erotizado. A vítima não consegue muitas vezes falar. O profissional consegue fazer esta escuta de uma forma mais lúdica. (P4)

Imagino que tal resposta demandaria um estudo específico, caso a caso, e

extrapolaria a esfera jurídica. Assim, não tenho condição técnica para responder. (P5)

Segundo os entrevistados, a melhor abordagem para um acompanhamento posterior seria:

Que os psicólogos estendessem esse acompanhamento por mais tempo. Por mais que a violência tenha sido resolvida, uma criança e adolescente que foi vítima de abuso sexual dentro da família por um pró familiar (pai ou mãe), não havendo possibilidade de ficar numa família extensa, vai para Casa de Passagem e muitos casos o profissional que atua ele passa o caso e encerra neste equipamento e encaminha para o equipamento que irá assumir este caso que seria os profissionais da alta complexidade. Findada a intervenção, após um tempo duas semanas, três semanas, vamos até o caso para observar se o caso está estável. Diante da mudança na vida do sujeito ele pode omitir certos sintomas de certos comportamentos “os não ditos”. (P1)

A ser respondidos por especialistas da área de saúde mental. (P2)

Isso fica a cargo do serviço da rede, no caso CREAS, pois no Conselho Tutelar não tem psicólogo. (P3)

Eu acho que é um acompanhamento psicológico mesmo porque é difícil mas ao mesmo tempo uma realidade, A sociedade precisa preparar porque tabus precisam ser quebrados, shorts curtos não podem ser justificativas para um abuso, a vítima

é vítima e precisa de proteção. E acredito que este acompanhamento precisa ser pro resto da vida para o vulnerável posteriormente conseguir constituir uma família e ter filhos, acredito que o abuso é uma violação muito grave, das maiores. (P4)

Imagino que tal resposta demandaria um estudo específico, caso a caso, e extrapolaria a esfera jurídica. Assim, não tenho condição técnica para responder. (P5)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, constata-se que cada órgão ou instituição entrevistada é composto por profissionais idôneos, cuja experiência variam entre onze a vinte e dois anos trabalhando diretamente e indiretamente com os vitimados, que agem sob a égide da ética, e contribuíram significativamente para os resultados.

Reitera-se que a preocupação com a necessidade da inserção de novos profissionais para suprir as demandas no município de Mariana é unânime bem como uma melhor estrutura organizacional no momento de acolher o abusado.

Ressalta-se por oportuno, que existe uma carência muito grande na Delegacia Civil de Mariana, englobando atendimento e até mesmo prestação de serviço.

Outro aspecto observado nesta pesquisa, é que apesar do alto índice de casos indiciados, representados, atendidos em

juízo e acolhidos, existe um percentual expressivo de casos de abusos que sequer foram comunicados às autoridades, sabendo-se apenas por boatos, ocupando um grande índice na estatística.

Quanto à estrutura física destas instituições não são satisfatórias, principalmente no que concerne à privacidade. Verifica-se um grito de socorro para condições mais adequadas, pois o local é completamente inadequado, violando assim o princípio da dignidade da pessoa humana e principalmente da proteção integral ao menor.

Registra-se que todos os profissionais são peças de suma importância neste processo, os direitos garantidos nas legislações embora positivados como observamos no desenvolver de toda esta pesquisa não tem sido efetivado em sua essência, e os relatos apresentados demonstram o tamanho deste desafio.

O posicionamento defendido nesta pesquisa é que se faz necessário uma delegacia específica para atender este público infante-juvenil, a ausência de um ambiente apropriado para coletar as denúncias e informações oferecidas com o mínimo de sigilo (principalmente por se tratar de menores), na fase do inquérito policial, é um tipo de violação do direito da criança e principalmente uma afronta ao princípio da sua dignidade como pessoa humana garantido na Constituição de 1988, e fere completamente o Estatuto da Criança e Adolescente que prima pela proteção integral do menor. Possuir funcionários que guarnecem este local não é suficiente, precisa ter privacidade e

discrissão, assegurando a vitima melhor comodidade para uma situação de natureza bastante incômoda.

Nota-se que já é difícil denunciar, uma vez que o abusado vulnerável, precisa vencer a vergonha, o medo e a dor; por isto o ambiente não pode ser assustador, o depoimento não pode ser colhido em local não reservado pois isso só intensifica o constrangimento, as provas colhidas apontam para a existência do delito e sua ausência, necessita de uma percepção mais especializada, cabendo ao profissional detectar com sua experiência e sensibilidade dos sinais. Uma vez que a delegacia não é específica, ocorre uma morosidade muito grande na conclusão dos inquéritos gerando inúmeros prejuízos e lesões aos vulneráveis.

A hipótese encontra-se na autonomia da vontade, considerando que para isto basta a mobilização política para tal, pois se trata de um ato do “Governador”.

Os relatos dos profissionais demonstram que 90% dos entrevistados acreditam que os abusados sofrerão de danos permanentes e muitas vezes irreversíveis.

Por este trauma estar registrado em seu inconsciente, o abusado demonstra este mau estar patente através de patologias, sob a forma de perturbações e reprodução de violência; neste sentido potencializa sua experiência erótica.

A despeito do projeto depoimento sem dano utilizado no Rio Grande do Sul pelo Juiz Antônio Daltoé Cezar, dos cinco entrevistados, três destes nunca ouviram falar e não conhecem, um, não conhece o projeto, mas sabe de projeto parecido e vê

aplicabilidade para o município de Mariana, e um conhece e destaca como uma preocupação das autoridade para minimizar os danos, percebendo ser este uma hipótese para redução dos danos e impedimento de revitimização do menor, alegando ser imprescindível a implementação deste em nosso município.

O depoimento sem dano tem como perspectiva a oitiva de crianças e adolescentes em situação de violência a ter seu depoimento tomado por um profissional técnico, onde a vítima é atendida em uma sala adequada com um psicólogo ou assistente social em uma estrutura física totalmente propícia para sua faixa etária.

Wilson (2013), diz que a finalidade principal é proteger o abusado de novos traumas. Nossa legislação diz que é um “dever” erga omnes.

Segundo Willian (2009) este é dividido em três fases, a primeira fase é composta por uma conversa inicial onde o menor é recebido em uma sala apropriada, confortável, e em um horário diferente da audiência para não ter contato com o abusador, nesta fase o profissional explicará a criança como serão os procedimentos.

A segunda fase, é a entrevista, que o profissional em uma linguagem adequada, relata os fatos que compõem os autos do processo. O magistrado, promotor, advogados e réus permanecem em uma sala próxima assistindo o depoimento por vídeo, podendo elaborar perguntas, através de um “ponto auditivo” que serão transmitidas na linguagem de melhor entendimento para o vulnerável.

A terceira fase se dá após o colhimento das informações, que devido a intensidade do sofrimento pode levar o vulnerável a um alto índice de stress pós-traumático e adrenalina, neste sentido o psicólogo fara uma avaliação posterior verificando a necessidade de um tratamento mais apropriado.

Encontramos pontos divergentes, e entendimentos contrários em todos os seguimentos, mas uma coisa é comum, quando nos colocamos no lugar do abusado, para imaginar a sua dor e o seu trauma, e olhamos para nossa constituição garantidora de direitos fundamentais, é impossível negligenciar um tratamento mais digno.

Este projeto tem proporcionado grandes êxitos no Rio Grande do Sul, e seu idealizador o Juiz José Antônio Daltoé César priorizou a preservação dos direitos das crianças e adolescentes, exemplos bons podem e deve ser seguido, isto não é plágio, é aplicação.

Nas entrevistas, percebemos que muitos dos entrevistados não acreditam que apenas a fala da vítima consegue expressar tudo que o abusado vivenciou, em síntese, contribuíram com entendimentos de que é preciso “escavar” mais, “estabelecer” vínculos, “utilizar” a linguagem lúdica e por fim “extrapolar” a esfera jurídica.

Desse modo, conforme Martins (2010), uma criança ou adolescente vítima de abuso sexual pode ser considerada uma criança em situação de risco, fazendo-se necessário a resiliência que é a capacidade de recuperar e manter um comportamento adaptado após um dano.

Analisando a expressão facial dos profissionais entrevistados, na última pergunta que ressaltava sobre a melhor abordagem para o acompanhamento posterior do abusado, era como se estivessem cheios de balões de pensamentos.

A nona pergunta não foi uma resposta imediata, houve uma pausa para a refletirem. Neste momento entendi o Juiz Gerivaldo Neiva “a teoria de Kelsen (positivista/anti-ideológica), não resolve mais os nossos problemas, precisamos chamar o Freud com urgência”.

Por fim, é importante ressaltar que o social, direito e a psicanálise, estão cada vez mais ligados, o abusado precisa de um acompanhamento não apenas durante algumas semanas ou meses, mas enquanto for necessário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico do Direito*. São Paulo: Ridell, 2016.

AZEVEDO, M. A., e V. N. Guerra. *Vitimação e Vitimização: Questões Conceituais*. São Paulo: IGLU, 1989.

AZEVEDO, M. A., e V. N. Guerra. *Infância e Violência Doméstica*. São Paulo: Cortez, 1993.

BIAGGIO, Angela M. Brasil. *Psicologia do Desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 2005.

BRASIL, Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal, 09 de Dezembro de 2016.

CAPEZ, Fernando, e Rodrigo Colnago. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COLLOR, Fernando. *Planalto.gov.br*. 27 de 09 de 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm (acesso em 01 de Dezembro de 2016).

PRECIOSA - Uma História de Esperança. Direção: Lee Daniels. 2009.

FERREIRA, Ana Lúcia. “O Atendimento a Crianças Vítimas de Abuso Sexual.” Rio de Janeiro, Julho de 2002.

FREUD, Sigmund. *Um Caso de Histeria, Três Ensaios sobre Sexualidade e Outros Trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1901-1905.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

Gustin, Miracy Barbosa de Souza. *Repensando a Pesquisa Jurídica Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2010.

HOHENDORFF, Jean Von, Luísa Fernanda Habigzang, e Helena Silvia Koller. *Violência Sexual Contra Meninos Teoria e Intervenção*. Curitiba: Juruá, 2014.

HOJE, Tradução na Linguagem de. *Bíblia Sagrada*. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

INFÂNCIA, CRAMI - Centro Regional aos Maus Tratosna. *Abuso Sexual Doméstico Atendimento às Vítimas e Responsabilização do Agressor*. São Paulo: Cortez, Unicef, 2009.

GUEDES, José Carlos , Rosemary Caetano , Claudia Cabral, entrevista feita por Renato Farias . Canal Saúde Oficial. *Sala de Convidados - Abuso Infantil* (03 de Janeiro de 2013).

O LENHADOR. Direção: Nicole Kassel. 2005.

LIMA, Gislânia Ferreira de. *JusNavegandi*. Outubro de 2012. <https://jus.com.br/artigos/22780/formacao-historico-cultural-da-infancia-brasileira-e-seu-impacto-na-efetivacao-dos-direitos-da-crianca> (acesso em 26 de Novembro de 2016).

MEIRELES, Cecília. “Pensador.” *Pensador*. 09 de Dezembro de 2005 - 2016. <https://pensador.uol.com.br/frase/MTQ4ODg3MQ/> (acesso em 09 de Dezembro de 2016).

MEYER, Joyce. *Testemunho Completo Conversão Joyce Meyer Dublado* (13 de Fevereiro de 2016).

NUCCI, Guilherme de Souza, André Vinícius Monteiro, Daniel Gemignani, e Luíz Ivan Marques. “Os Contornos Normativos da Proteção do Vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts.218 A e 218 B).” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010: 10-33.

PARÁ, Ministério Público do Estado do. “CAOPCAE - Area da Criança e do Adolescente.” *CELEPAR - MPPR*. 2011. <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteud> (acesso em 25 de Novembro de 2016).

O SILÊNCIO DE LARA. Direção: Igreja Adventista no Sul do Paraná. 2015.

Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família Uma Abordagem Psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2012.

RASSI, João Daniel. “A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim*, 2011: 61-89.

SÁ, Arthur Luiz Carvalho de. “Conteúdo Jurídico.” *Monografias/TCC e Teses*. 07 de Julho de 2009. <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil,24348.html> (acesso em 05 de Dezembro de 2016).

SCHIELB, Guilherme. *Orientações sobre Sexualidade Infantil Limites e Desafios*. Rio de Janeiro: Central Gospel Ltda, 2016.

SERAFIM, Antônio de Padua, Fabiana Saffi, Sérgio Paulo Rigonatti, Ilana Casoy, e Daniel Martins de Barros. “Perfil Psicológico e Comportamental de Agressores Sexuais de Crianças.” *Revisão da Literatura*, 26 de Março de 2009: 105-111.

SILVA, Rose Rita da. “Proteção Integral à Criança e ao Adolescente: desafios à efetivação de direitos.” Mariana, 2014.

UNESCO. *Inocência em Perigo Abuso Sexual de Crianças, Pornografia Infantil e Pedofilia na Internet*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

ECOS DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA NA PERCEPÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO¹

Antonio Oliveira²
Déborah da Paz³
Gabriela Fritz⁴
Myong Kum Song⁵
Thayane Maia⁶
Magna Campos⁷

RESUMO:

Este artigo versará sobre a jurisdição contenciosa e voluntária como formas de se enxergar a atividade jurisdicional. Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental com a finalidade de contextualizar adequadamente a questão abordada e suas implicações atuais. A configuração da jurisdição contenciosa e da jurisdição voluntária procurou percorrer uma esquematização dos principais argumentos, entendimentos do funcionamento, procedimento, debate e desdobramentos da questão. Procurou-se traçar um horizonte comparativo, apresentando não apenas onde ambas se mostram paralelas, mas também onde se figuram concorrentes.

Palavras-chave: Jurisdição. Jurisdição contenciosa. Jurisdição voluntária. Processo. Papel do juiz.

INTRODUÇÃO

¹ Primeira versão do artigo produzida para a disciplina Teoria Geral do Processo I, ministrada pelo professor Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes do curso de Direito da UNB.

² Graduando em Direito pela UNB.

³ Graduanda em Direito pela UNB.

⁴ Graduanda em Direito pela UNB.

⁵ Graduando em Direito pela UNB.

⁶ Graduanda em Direito pela UNB.

⁷ Professora universitária, mestre em Letras e escritora.

O fim a que se destina esse trabalho é uma conceituação adequada e expoente acerca da jurisdição. Sabe-se que, a morfologia de jurisdição retoma ao latim, dos termos *juris e dicere*, o que, em semântica direta e sensível, se traduz no conceito claramente evidente de *dizer o direito*. Dizer o direito é perceber a soberania do Estado que o diz, em seu território, impondo-o pela legitimidade e no legítimo uso da força, quando a tal convier. É importante que se saliente, pois, que aqui não se coube análise de todos os fatores que envolvem a prestação jurisdicional, bem como o desdobramento doutrinário que a toma em seu relevo enquanto função de Estado, mas, especificamente, uma abordagem estratégica do plano em que a jurisdição se situa, em seus pontos contencioso e voluntário.

Aqui se reforça a unicidade da jurisdição, tendo nas terminologias contenciosa e voluntária, não espécies propriamente ditas, como formas alternadas de se enxergar a atividade jurisdicional, visto que assim colocaria em xeque a própria compreensão da soberania do Estado. Faz a distinção em espécie puramente para fins didáticos e acadêmicos, uma compreensão que ressalte meios os quais se valha a jurisdição, a qual é uma enquanto existência própria.

Sabe-se que o fim último do Direito é a paz social, todavia, violar esse contrato de harmonia e vivência é exercício cotidiano da vida em sociedade, a socialização exalta conflitos e embates. Dirimi-los, pois, é função do Estado o qual reveste de autoridade na figura do poder Judiciário. Resolver tais conflitos, seja em interesses disputantes, seja em prestação normativa

pela força do poder público, molda a forma como se concebe o agir e o pensar do Direito, afinal, para que o diga é necessário que o saiba, é necessário que o exista. Assim sendo, pode partir para a aferição das figuras que disputam ao auxílio da jurisdição. Nesse estudo, será exposto sobre a contenciosidade dos litígios e a emanção da jurisdição contenciosa sobre tais, bem como a administração pública por parte dos interesses privados que se faz requerida pela jurisdição voluntária.

Os escritos que se seguem visam debruçar-se sobre a abrangência, complexidade, interpretação e sistematização acerca do conceito jurisdicional de ambas as espécies de jurisdição.

2. FUNDAMENTOS BÁSICOS DA JURISDIÇÃO

No início da modernidade, com a queda das monarquias constitucionais na Europa, a burguesia ascende e torna-se necessário um ordenamento jurídico que garanta suas liberdades, surgindo, assim, o Estado de Direito. Nesse sentido, o Estado passa a ter soberania na imposição do Direito para organizar (juridicamente) a sociedade, bem como passa a sujeitar-se às suas normas. Esse poder jurídico estatal está tripartido nas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. O poder Legislativo, que exerce a primeira, tem como competência criar e editar as normas genéricas e abstratas que devem reger a sociedade e as relações. O Executivo, por sua vez, cuida da atividade administrativa, de garantir os interesses públicos a partir da execução das normas previstas.

Já com a função jurisdicional, “cuida o Estado de buscar a realização práticas daquelas normas em casos concreto”⁸ e o que a distingue das outras duas funções é, *a priori*, sua finalidade pacificadora. No liberalismo, o poder Judiciário era puramente direcionado à resolução de lides interindividuais e entre indivíduos e o próprio Estado. Já com a ascensão do Estado Social, passa a ter também a finalidade de realização efetiva da justiça por meio do processo. Ademais, a jurisdição representa não só uma função, mas também um poder e uma atividade. “Função” porque dispõe de autoridades para composição dos conflitos mediante aplicação justa do direito; “poder”, pois, representa uma manifestação do poder soberano estatal de decidir imperativamente e de fazer cumprir suas decisões; e, por último, é uma “atividade” no sentido de significar o conjunto de atos praticados em cada processo.

Afirma-se que o objetivo síntese do Estado contemporâneo é o **bem comum** e quando se passa ao estudo da jurisdição é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é buscado mediante a pacificação com justiça [...]. Para o cumprimento desse desiderato propõe-se a desenvolver sua variada atividade em benefício da população [...]. Essa atividade compreende a realização de obras de prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica, bem como as providências de ordem jurídica destinadas a disciplinar a

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Carlos; DINAMARCO, Candido. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 42, 2014.

cooperação entre os indivíduos e dirimir os conflitos entre pessoas em geral.⁹

Além disso, o exercício jurisdicional tem como objetivo a concretização da vontade das normas jurídicas, ou seja, a subsunção – aplicação da lei ao caso concreto. Este é o escopo jurídico da jurisdição, a qual, segundo a doutrina moderna¹⁰, visa também os escopos sociais (educa os indivíduos para o exercício adequado de seus direitos e respeito aos direitos alheios) e políticos (valorização da liberdade, interferência nos destinos nacional e estatal e preservação da ordem jurídica e de sua autoridade). Nesse sentido, o Estado está encarregado de pacificar os conflitos de interesses mediante a incidência da norma ao caso concreto, visando uma decisão justa. Tal encargo é chamado de “tutela jurisdicional”. Pode transcorrer de diferentes formas – decisão, atos de execução, medidas cautelares etc. – a serem decididas pela própria parte.

O conflito intersubjetivo de interesses é inerente à coletividade, afinal, os interesses são ilimitados, já os bens que os suscitam não. Surgido um conflito, é necessário para a própria sociedade que ele se resolva com o máximo de rapidez. Algumas situações não exigem mecanismo de resolução, pois podem ser solucionadas espontaneamente, pela violência, pela moral, por contrato, por solução arbitral etc., mas essas soluções nunca serão definitivas. Assim, surge o processo como instrumento do Estado para o exercício de sua função jurisdicional, como mecanismo definitivo de composição de

⁹ Op. cit. p.56-57, 2014 (grifo do autor)

¹⁰ Op. cit. p.42-43, 2014

litígios. “O processo é necessariamente formal [...] porque suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição”¹¹. Contudo, a jurisdição não se resume apenas ao processo, sendo este, somado à coisa julgada, apenas seu elemento formal. Para que possa ocorrer, depende também do seu elemento material (poder de julgar e de executar a resolução) e orgânico (órgão encarregado).

Apesar de ser um mecanismo definitivo, o sistema processual é demorado e isso prejudica sua efetividade em pacificar os conflitos, protelando situações indefinidas e, conseqüentemente, gerando desequilíbrio individual e coletivo. Além de tomar tempo, também é um instrumento caro. Assim, há uma emergência na contemporaneidade de alguns meios alternativos: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Todos envolvem, assim como o processo, a intervenção de um terceiro, que pode atuar, respectivamente, conciliando os conflitantes, mediando-os ou simplesmente decidindo qual interesse deve prevalecer.

Ademais, os mecanismos de solução de conflitos em uma sociedade variam de acordo com o contexto histórico e social. A autotutela, por exemplo, em que uma das partes impõe à outra o sacrifício de sua pretensão (uso da força), já foi, em outros tempos, a resolução predominante e, ainda, está presente em algumas sociedades. Também o foi a autocomposição, em que um ou ambos os litigantes renunciavam em parte à sua pretensão

¹¹ Op. cit. p.44, 2014

por desistência, por submissão ou por transação. Atualmente, a primeira é ilícita no ordenamento jurídico nacional e a segunda é desincentivada pelo Estado, pois, sem a participação de um terceiro, é muito improvável uma resolução imparcial e justa para o litígio e isso é contrário ao objetivo do Direito atual. Nesse sentido, na contemporaneidade, o processo predomina como meio mais difundido, junto com os equivalentes jurisdicionais já elencados.

O processo, como afirma Sundfeld

é o encadeamento necessário e ordenado de atos e fatos destinado à formação ou execução de atos jurídicos cujos fins são juridicamente regulados. [...] Cada etapa do processo cumpre sua própria função [...]. A sequência de formalidades não é aleatória: há uma ordem a ser observado, um itinerário a seguir. [...] Assim, o processo é o encadeamento necessário e ordenado de eventos destinado à formação ou execução de atos jurídicos. Por fim, o processo é técnica para a produção (ou execução) de um específico tipo de atos: aqueles cujos fins são determinados por normas jurídicas, que se busca aplicar.¹²

Assim, o processo é regido por um complexo próprio de normas e princípios, os quais compõe o direito processual. Segundo as teorias de Ramiro Podetti, a ciência processual assenta-se sobre a trilogia estrutural jurisdição, ação e processo. Esses elementos relacionam-se na medida em que a

¹² SUNDFELD, Carlos A, 2009, p. 94-95.

jurisdição decorre da ação de uma ou de ambas as partes de um conflito e, em conformidade com um processo, realiza a vontade concreta da lei para resolvê-lo de forma justa.

Para fins didáticos, divide-se a jurisdição em algumas espécies. Quanto ao seu objeto, pode ser penal, quando envolver pretensão punitiva, ou civil (por exclusão, quando não for penal). Já quanto ao órgão que a exerce, pode ser comum, subdividida em federal e estadual, ou especial, subdividida em militar, eleitoral e trabalhista e cuja especialidade é determinada constitucionalmente. No que tange à posição hierárquica dos órgãos, pode ser superior ou inferior: a superior, geralmente, é destinada a casos de interposição de recursos e a inferior ao conhecimento originário das ações pelo órgão respectivo. Em relação à fonte que embasa o julgamento, pode ser jurisdição de direito, atrelada a uma visão legalista de aplicação das normas jurídicas, ou de equidade, em que há a abertura a uma interpretação mais integradora do direito. Por fim, quanto ao conflito, pode ser contenciosa ou voluntária, ambas serão tratadas detalhadamente a seguir.

3. JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

A partir de um conflito de interesses e assim da existência de uma Lide e pretensão resistida, surge a jurisdição contenciosa. Essa, como colocado por Araújo “pressupõe a existência de partes no polo ativo e passivo da demanda, bem

como o contraditório, mediante o qual o autor provoca a jurisdição e o réu contesta a pretensão do demandante”¹³.

Desde que o homem se viu diante da perspectiva de vida em sociedade, situações de conflitos são características inerentes a esse arranjo social. Em um momento inicial, travava-se uma luta desarmônica, cuja vitória se dava do mais forte sobre o mais fraco. Diante desse quadro, o Estado toma para si o cargo de solução de divergência de interesses, com objetivo de pacificação e alcançar o bem comum.

Tesheiner, ao diferenciar a jurisdição contenciosa da voluntária, elenca que os processos contenciosos procuram tutelar direitos subjetivos, públicos ou privados e determina as seguintes indagações para se verificar a espécie de jurisdição:

1) Trata-se de tutela de interesse público ou de tutelar eventual direito subjetivo em face do(s) sujeitos(s) passivo(s)? 2) Trata-se de processo em que o interesse de agir se compõe pela alegação, expressa ou implícita, de um conflito de interesses entre quem pretende a subordinação do interesse alheio ao próprio e quem resiste? Se a resposta é afirmativa, para ambas as perguntas, a hipótese é de jurisdição contenciosa; basta uma negação para que se tenha jurisdição voluntária.¹⁴

O autor infere também sobre a subordinação das partes aos poderes do juiz, averiguando que na jurisdição contenciosa cabe ao juiz entregar a cada um o que é seu, sem que incida qualquer critério de conveniência ou oportunidade, ademais , o

¹³ ARAÚJO, Rodrigo. 2009, p.01.

¹⁴ TESHEINER, José M. R. .1993, p.75.

juiz não pode ignorar a existência de uma norma protetora dos direitos subjetivos em questão. Em síntese, na sentença constitutiva produzida pelo processo contencioso, a declaração possui eficácia de coisa julgada, exige a existência de partes (sentido material), cuja regulação será feita por um juiz imparcial.¹⁵

As teorias acerca da jurisdição contenciosa são diversas. Carnelutti e Chiovenda apresentaram duas das mais relevantes, formulando aspectos que até hoje incidem e se aplicam no processo civil, embora as teorias mistas sejam as mais aplicadas, dada a insuficiência em se utilizar uma única teoria.

A de Francesco Carnelutti, também entendida como função do Estado na justa composição da Lide, diz que jurisdição e processo se relacionam de forma em que o processo é gênero e a jurisdição espécie. O autor ainda identifica uma outra função que cabe ao Estado-juiz em sua função jurisdicional;

A legislação é uma produção do direito sub espécie normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção de preceitos em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular (...).¹⁶

Para Carnelutti, na jurisdição as partes possuem uma posição ativa, que compartilham do processo de elaboração do

¹⁵ Op. cit. 1993

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. 1999, p.147.

caso, permitindo ao juiz emitir sua decisão sobre o caso. Além disso, diz que na ausência de interesse público para atuar em determinado conflito surgem os “equivalentes jurisdicionais”, em que se enquadra a sentença estrangeira, a autocomposição e arbitragem.¹⁷

Giuseppe Chiovenda, processualista italiano, formula um modelo de jurisdição, marco para o processo civil moderno (teorias do Direito e do processo civil compreendidas nos séculos XIX e XX). O contexto em que se desenvolve o pensamento de Chiovenda baseava-se nas ideias racionalistas, que propunham dar ao direito o status de ciência (como as exatas). Portanto, perdia-se a preocupação com a injustiça material em detrimento da segurança da lei.¹⁸

Dessa forma, aos poucos foi se consolidando o pensamento jurídico, segundo o qual a lei tinha sentido único e certo, de modo que bastava ao juiz descobrir a verdade e pronunciá-la na sentença.¹⁹ Alicerçado no projeto racionalista, Chiovenda trata o significado de jurisdição, em que os aspectos formais e técnicos são os únicos elementos importantes, tendo em vista que a função jurisdicional do Estado deve seguir o processo judicial para a prestação da jurisdição. À luz dessa corrente, os elementos subjetivos e humanos perdem cada vez mais espaço. Assim se encaminha toda a sua teoria, em que define jurisdição como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição,

¹⁷ LEAL *apud* DUTRA, Leonardo. 2014

¹⁸ MACEDO, Elaine H.; BRAUN, Paola R. 2014.

¹⁹ Op. cit. 2014

pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.²⁰ Nessa linha, também distingue administração e jurisdição, sendo a primeira a atuação, bem como sua limitação, caracterizada em conformidade com a lei e objetivando o bem comum e voltando-se ao julgamento da própria atividade, e a última é o juiz que fundamenta toda sua atuação na lei, buscando que se cumpra a lei e formulando concepções sobre outrem.²¹

Decorre disso a ideia de substitutividade que consiste que acontece em dois estágios: cognição e execução. No exercício da cognição “a substituição se dá através de uma atividade intelectual do juiz que absorve pretensão de ambas as partes” e na execução, “a substituição se dá através de atividade material, que é a procura, em lugar do credor, do bem que é garantido por lei”.²²

Outra relevante doutrina foi a posta por Allorio, cujo ponto principal se direciona a coisa julgada e essa seria a sua essência, descaracterizando assim como atividade jurisdicional os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, no cível e na execução penal.²³

Até as reformas legislativas de 1994, o modelo jurisdicional de Chiovenda ainda marcava forte presença no CPC brasileiro. Esse quadro foi transformado através, primeiramente, das

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. 1998, p. 8.

²¹ MACEDO, Elaine H.; BRAUN, Paola R. 2014.

²² Op. cit. p.9, 2014

²³ MEZZOMO, Marcelo C. 2003, p.1.

alterações dos artigos 273 e 461, que levou ao resgate dos juízos de verossimilhança,

emergindo a possibilidade de acesso ao bem da vida (ou ao resultado de determinada obrigação) pretendido pelo autor da demanda anteriormente a uma cognição exaustiva e, portanto, da certeza jurídica - tão preconizada por Chiovenda - caracterizando-se como atividade executiva e esvaziada de cognição exauriente. Não bastasse isso, a sentença passou a ser contemplada com meios próprios de cumprimento, afastando definitivamente a necessidade de em processo distinto buscar a execução do comando cominatório.²⁴

Houve também, em 2002, a introdução do artigo 461-A, que trouxe consigo a tutela específica nas obrigações de entregar coisa, elemento que além de superar a dicotomia cognição-execução, a tutela meramente ressarcitória além da superação da figura do juiz como mero aplicador da lei. As mudanças contínuas culminaram no novo CPC de 2015.

3.1 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

3.1.1 Ação de consignação em pagamento

A finalidade da ação de consignação em pagamento é conseguir a quitação do endividado e os objetos em questão

²⁴ Op. cit. p.17, 2014

podem ser imóveis, móveis e semoventes. Neste tipo de ação, o fundamental é que a desobrigação do endividado esteja relacionada a uma ação do credor, portanto, não existe consignação quando se lida com a obrigação negativa, pois aqui a presença do credor não é necessária. Temos como condições da consignação em pagamento: *mora accipiens*, que é a negação sem motivos do credor, e *incognitio*, que é a incerteza da identidade do credor. A ação de consignação acontece quando o endividado pretende exercer sua atribuição com o depósito do montante ou com o depósito da coisa. Existe estabilização da coisa considerada e isenção do endividado, em questão da incerteza perante a titularidade do crédito. As condições essenciais para uma petição da ação de consignação são as seguintes: as exigências pressupostas no Código de Processo Civil, reivindicação de depósito do montante ou da coisa, e depoimento do réu para observação do depósito.

3.1.2 Ação de depósito

A ação de depósito tem a finalidade de solicitar o ressarcimento da coisa submetida. De acordo com a súmula 204 do STJ, a guarda judicial acontece da manifestação do depositário. A evidência do depósito é essencial para uma pretensão inicial, não requer a demanda do domínio, mas simplesmente a retenção. A ação de depósito é uma prática de transferência de amparo e possui vigência executiva. O depositante solicita a restituição de sua propriedade, restituição do que lhe é de bem. Apenas nas situações em que o

depositário possui a oportunidade de restituir a propriedade ou o bem que o resultado nas questões jurídicas terá fim de acordo com o depósito do correspondente ao monetário.

3.1.3 Ação de anulação e substituição de títulos ao portador

O Código de Processo Civil presume o dispositivo processual para o resguardo da posse e da propriedade dos certificados, que o condutor tem por objetivo a retirada de posse inadequada, e também a obtenção de reposição nas ocorrências de prejuízo, extravio, perda, estrago ou quando não se pode acontecer a recuperação por outros fatores. A particularidade do rito interdita a ação contra o autor, mas o possuidor da cártula é capaz de denunciar a lide para convocar os títulos, que possui o papel de assegurar a licitude do procedimento. Também demanda a junção dos títulos em critério para que a objeção possa de fato se fazer ser reconhecida, podendo assim impossibilitar a movimentação nos fatos de demonstração da refutação no rito da categoria ordinária, de outra forma, acontecerá um julgamento adiantado.

3.1.4 Ação de prestação de contas

A ação de prestação de contas possui o propósito de afastar a imprecisão existente entre os elementos da ação, assim assegurando o enfrentamento do compromisso. Os casos que impõem a prestação de contas são: quando o possuidor do inventário responde as contas do gerenciamento dos espólios; quando o advogado responde às despesas para o controle do

processo; e quando os pais respondem ao gerenciamento das propriedades dos filhos menores de idade. A peça oposta da ação precisa retratar as contas, se não o fizer precisará aceitar a imposição indicada pelo interessado. Pode-se observar que esta ação possui duas características importantes, sendo a essência mandamental de acordo com a prática de prestação e a outra condenatória, enquanto ao título executivo ao excedente em benefício do réu, ou até mesmo do autor. Portanto, autor e réu podem praticar a pretensão, podendo se suceder o pedido apresentado. O Código de Processo Civil pressupõe que existe uma indispensabilidade de comunicar os aspectos da petição inicial com comprovantes, argumentos analíticos e particularização das contas.

3.1.5 Ações possessórias

As ações possessórias defendem as posses dos bens imóveis, semoventes e móveis. Temos como ações possessórias as seguintes: interdito proibitório, ação de manutenção de posse e ação de reintegração de posse. O despacho nas ações de manutenção de posse e também na de interdito proibitório, possuem caráter mandamental, já a reintegração de posse possui caráter *lato sensu*. O Código de Processo Civil traz a utilização do preceito da fungibilidade. Também existe a probabilidade de obtenção de exigências no critério possessório: sentença na ocasião de perda ou dano, aplicação de punição em eventos de desordem ou na anulação de alguma produção ou plantação. Segundo o diploma, é viável autorização de uma

liminar no âmbito possessório, se assim possuir os requisitos essenciais cumpridos.

3.1.6 Ação de nunciação de obra nova

Ação de nunciação de obra nova pretende preservar os direitos de propriedade, impossibilitando que outros danifiquem alguma propriedade ou transgridam questões administrativas do direito de propriedade por meio da construção. Não ocorre ação possessória quando a legitimidade reconhecida do possuidor é residual ou imprevista, o pretexto de solicitar o afastamento se justifica na guarda da propriedade. A sentença na nunciação possui vigência quando oriundo por requerimento, bem como a vidência mandamental é perceptível com determinação judicial e também com a condenação, podendo ser uma punição salarial para coagir a execução do veredito.

3.1.7 Ação de usucapião

A ação de usucapião proporciona a alteração em um contexto fático, certificando ao possuidor o título dominial, forma de obtenção da propriedade, aborda a imposição aquisitiva, determinada por dois fundamentos, sendo eles o de tempo e o de posse. O despacho na ação de usucapião tem conteúdo declaratório, certificando veracidade ao titular por intermédio da constituição, havendo sentença pra os que estiverem no polo passivo ou contestaram o pedido inicial. A petição inicial exige imposições como as comuns, exposição de

petição representativa e esboço do imóvel na situação exigida. Na ação de usucapião para estabelecer na abertura de nova matrícula, demanda o pronunciamento daqueles acometidos pela condenação. O Código de Processo Civil requisita a menção do possuidor do imóvel ou do proprietário fático. O despacho no método de usucapião é de conteúdo declaratório, assim, o juiz meramente proclama uma circunstância preexistente.

3.1.8 Ação de divisão e demarcação de terras particulares

A ação de demarcação auxilia as divisões entre prédios próximos, enquanto a ação de divisão auxilia a desagregação entre prédios distintos. A abundância destes tipos de ações é imaginável, tendo preferência àqueles casos de demarcação total ou parcial. O procedimento deste tipo de ação é desenvolvido e dividido em dois estágios. No primeiro estágio serão solucionados os inquéritos relacionados à delimitação e separação. Depois de definidos todos os termos, condições e rumos quanto aos aspectos divisórios, os confiantes são classificados como terceiros, assim, conseguirão manusear as interdições de terceiro, tendo como finalidade distanciar a usurpação das fronteiras. No segundo estágio, etapa que é destinada a efetuação do despacho, prevalecem as eficácias declaratória e executiva.

3.1.9 Inventário e arrolamento

A ação de inventário tem como objetivo a organização do espólio herdado aos herdeiros, ocorre com a presença de ativos

que atualmente pertencem aos herdeiros, o dispositivo retrata os bens e propriedades, também normatiza as petições de adjudicação. Pode ocorrer a aplicação de inventário extrajudicial, fenômeno que sucede quando os herdeiros completamente capazes não possuem quaisquer divergências quanto a divisão dos bens. Não ocorre a situação de inventário quando há somente um único herdeiro ou se acontecer do autor gerado a repartição de bens ainda em vida. Também é possível haver o que se chama de repartição amigável. O inventário negativo possui objetivo de atestar a presença de patrimônio transferido pelos sujeitos.

3.1.10 Embargos de terceiro

Os embargos de terceiro possuem conteúdo possessório, relacionados à anulação do ato judicial acerca do patrimônio jurídico prejudicado. O terceiro é justamente o indivíduo que está alheio àquela relação jurídica, porém não é qualquer terceiro que está apto para executar os embargos, porque sua vontade pode, às vezes, estar direcionada ao ato judicial de constrição. Temos as seguintes situações relacionadas a esta temática: terceiro não demandado, terceiro não vinculado e terceiro não demandado e também não vinculado. A esquematização autoriza que uma das partes conteste o embargo de terceiros. A apelação de embargos será direcionada pelo mesmo juiz que também determinou a constrição. A atuação do cônjuge e do réu é substancial nas ocorrências de comosse ou nas situações que ambas as partes agirem. O

despacho nos embargos de terceiro tem conteúdo mandamental ou constitutivo.

3.1.11 Habilitação

A habilitação compreende a regularização do vínculo processual em consequência da causa *mortis*, o objetivo é a regulamentação do cenário protocolado. A presunção é o diálogo formal do falecimento de qualquer que seja a parte vinculada ao registro civil para que possa ocorrer a elaboração do registro de óbito, que auxiliará a petição inicial de habilitação, sendo contenciosa, mas também podendo ter caráter consensual. A circunstância de cancelamento do método do óbito da parte precisa ser justificada. As práticas no decorrer em que o procedimento deveria ser interrompido são ineficazes, perante a transgressão do contraditório. O requerimento para a habilitação é determinado por uma sentença que seja conveniente a petição. O procedimento retornará ao rumo habitual com o início da resolução judicial.

3.1.12 Restauração de autos

Qualquer parte do procedimento pode proporcionar a recomposição, desde que o sumiço dos autos seja devidamente investigado. O Ministério Público e a parte podem fazer o requerimento de restauração dos autos. No surgimento dos autos originais, procederá para assim os autos de restauração, posteriormente sendo retomados os autos suplementares, assim sendo removidos os certificados de cada um dos atos,

complementando os autos originais. Deve estar pronunciada nas petições iniciais a condição da circunstância relativa ao período em que os autos se extinguíram, assim propiciando: os registros dos atos constantes da cerimônia ocorrida no cartório, transcrição das reivindicações do juiz e toda a documentação que auxilie a restauração. Depois de consentidas os termos iniciais, os objetos litigiosos, condição dos fundamentos e as evidências apresentadas, posteriormente será então registrada a restauração dos autos, autenticada pelo juiz.

3.1.13 Venda a crédito com reserva de domínio

A requisição fundamentada, pelas práticas estabelecidas no Código de Processo Civil, na transferência de créditos, juntamente com retenção de controle, neste caso, para assegurar a efetuação, nos casos de inadimplência do negócio, sendo provável procurar a aplicação do título extrajudicial, também de outra forma pela procura e apreensão pelo rito, fato no qual o vendedor comprovar que o que pretendia era o de permanecer com o bem cedido, e não o intuito de realizar o que estava previsto no contrato de acordo com o saldo remanescente. Em função deste rito, permite a concessão liminar, depois que determinado o atraso do endividado.

3.1.14 Juízo arbitral e Lei 9.307/96

De acordo com o previsto no artigo 1º, da lei 9307/96, apenas as questões relativas aos direitos do patrimônio são capazes de serem determinados pela autocomposição. Conforme

este processo, as partes são capazes de definir a resposta para o problema empregando tanto o direito nacional quanto o direito estrangeiro. A sessão de mediação condiz com a decisão das partes em sujeitar certo problema potencial ou factual ao juízo arbitral, podendo ser por intermédio do compromisso arbitral ou pela cláusula compromissória. O primeiro se dá com a decisão presente na convenção jurídica pactuada, já o segundo seria possível através de ação judicial ou extrajudicial.

3.1.15 Ação monitória

A ação monitória concerne a quem planejar o embolso de certa quantia em dinheiro, depósito de coisa substituível e também de algum bem móvel estabelecido. Apenas uma evidência documental manuscrita é capaz de orientar para uma petição inicial de caráter monitório. O comprovante pode possuir eficácia executiva, para elaboração de um título judicial. Se ocorrer prescrição no caso de ação cambial, este recurso manifesta-se conveniente, abordando esta situação com o crédito cambial, o credor pode adentrar por meio de uma ação cambial ou até mesmo ação ordinária de cobrança, duas formas legítimas de reembolso. Se o devedor não se opuser a esta ação, sucederá então um título judicial atual. O título provém perante o que é previsto na lei, não por sentença condenatória.

4. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

4.1 A ANÁLISE CRONOLÓGICA DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A compreensão da jurisdição voluntária fecunda-se ainda no processo romano, na transição do período da *Legis Actiones* para o período *Per Formulas*. O sistema formulário sobrepôs-se ao da *Legis Actiones*, mas conservando-a em uma nova constituição na estrutura de se compor direitos privados, não mais decidindo ações por um dizer da lei na figura do magistrado, mas constituindo forma a atos jurídicos. Marciano, então, consagra no Livro I das Instituições de Marciano, no Digesto (1. 16. 2), a controvertida referência ao termo *jurisdição voluntária*

Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contenciosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptionis fieri. (“Os prôconsules, logo transponham os limites de Roma, têm jurisdição, não contenciosa, mas voluntária, podendo perante eles fazer-se manumissão de homens livres ou de escravos, e adoções.”²⁵)

Há na doutrina, refundada consideração de interpolação do texto, a despeito de um conceito pós-moderno da natureza da jurisdição voluntária, a efeito da total falta de referência da jurisdição voluntária nos textos clássicos, bem como uma contemplação do sentido de *voluntária* de modo divergente da exposta por Marciano. Aqui, compreende-se que *voluntária* contraria a pretensão de se relacionar a jurisdição, sendo efetiva às partes, isto é, a vontade das mesmas de

²⁵ Tradução de Alfredo de Araújo Lopes da Costa, 1954, p. 20.

voluntariamente moverem-se ao magistrado. Uma vez que a atividade do mesmo afasta-se completamente da compreensão de voluntariedade de ação, isto é, não se tem na ação do magistrado de dizer o direito, ou seja, em sua jurisdição, um exercício arbitrário de sua vontade. Logo, voluntária faz a referência semântica às partes e não a jurisdição.

Definia-se nesses processos onde se instigava a atuação do magistrado a possibilidade de se aplicar a lógica processual da *Legis Actiones*, uma vez que não se valia de procedimento litigioso, valendo-se da oralidade do processo, mesmo com seu descarte perante as fórmulas escritas²⁶. A dissidência se dá na controversa adequação da tutela administrativa pretendida pelo processo voluntário dentro do conceito de jurisdição. Fato é, os escritos de Marciano referentes à jurisdição voluntária conseguiram se valer no tempo, atingiram o direito intermédio e em seus estudiosos, coube a busca por se diferenciar tal contemplação jurisdicional da sintetização contenciosa. Ao sobreviver das glosas, entendeu-se por uma designação dos atos jurisdicionais realizados ao encontro dos interessados como semântica da jurisdição voluntária. A atuação do magistrado em tal esfera, aos poucos, viu-se encaminhando para uma maior ênfase na figura dos notários. Repousou a distinção, então, entre a jurisdição voluntária da jurisdição contenciosa por, naquela, se dar em atos *inter volentes* – onde as partes reclamam ao magistrado voluntariamente – e nessa se dar em atos *inter nolentes* – onde não há a voluntariedade das

²⁶ MARQUES, José F. 1959, p. 157.

partes por falta de consentimento e a atuação do magistrado para resolução do conflito é impositiva.

Todavia, como afirma Frederico Marques, abraçar tal arquitetura conceitual mostra-se porosa, uma vez que não são sólidos e estanques tais pressupostos da jurisdição voluntária e da jurisdição contenciosa, sendo completamente plausíveis casos onde exista discordância e dissidência sem que aja litígio na jurisdição voluntária, e a casos de jurisdição contenciosa sem verificação de contraditório. Distingue-se, pois, a natureza da jurisdição da forma do processo. Isto é, uma coisa é o ato jurídico de vigor privado que as partes impetram, outra coisa é o ato processual desenvolvido pelo magistrado, que decorre puramente da execução do primeiro.²⁷

No adentrar da Idade Média, as invasões bárbaras e conseqüente dissolução do Império Romano do Ocidente não conseguiram, entretanto, evitar a infusão das disposições romanas acerca da jurisdição voluntária no âmbito da península itálica. Em relação aos novos territórios germânicos, o direito romano se viu inundado pelas pretensões bárbaras. A jurisdição voluntária, como mecanismo de um *iuris romani*, é velada na tradição canônica, onde a Igreja preservou a aplicação do direito romano em si. A essa confluência de fatores, aborda-se a evolução da jurisdição voluntária acompanhada por estes três ordenamentos, como bem aborda Oliveira:

²⁷ MARQUES, José F. 1959, p.160-161

Pode-se dizer, portanto, que a evolução do modo de ser da jurisdição voluntária, do direito intermédio, é fruto do entrelaçamento do direito romano, do direito germânico e do direito canônico, como o é, em geral, a evolução do próprio direito ocidental moderno.²⁸

O percorrer do direito da doutrina clássica até o direito moderno consagra a jurisdição voluntária do período intermédio de modo a projetá-la quase intacta até a revolução doutrinária encabeçada por Chiovenda, nas primeiras décadas do século XX, mesmo que o impasse da classificação e conceituação da jurisdição voluntária como processo judiciário ou meramente administrativo ainda atinja a doutrina. E como Lopes da Costa bem redigiu

Apesar de muitos séculos haverem decorrido após o famoso texto romano do Digesto, a jurisdição voluntária é ainda uma coisa à procura de um nome. A lei da inércia vai conservando a denominação usual: jurisdição voluntária.²⁹

5. OS CAMPOS DE COMPREENDIMENTO DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Caracterizar a jurisdição voluntária tem configurado árduo intuito desde sua provável concepção no Digesto. Isto, pois, não apenas é dúbia a semântica quanto também a é sua própria natureza. Em sentido, conceituar a jurisdição

²⁸ OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p.15

²⁹ COSTA, Alfredo de A. L. da. 1954, p. 24

voluntária rege de perplexidade na doutrina visto a falta de consenso perante contexto que a morfologia de tal expressão rege no entender doutrinário. Em relação a sua estrutura, a disputa se dá na arena do pertencimento, tendo aqueles que veem na jurisdição voluntária natureza administrativa, visto não apresentar nem caráter jurisdicional, muito menos voluntário, mas sim uma execução de atos administrativos encabeçada, trivialmente, ao judiciário³⁰. Tal visão ganhou grande visibilidade após a contribuição de Chiovenda a respeito da jurisdição voluntária, acrescentando seus postulados à doutrina de Wach. E em relação à doutrina brasileira, Frederico Marques marcou posição firme em adotar tal visão de Chiovenda e dirigir-se pela interpretação administrativa da jurisdição voluntária.

Outra parte composta por importantes doutrinadores, a despeito de Carnelutti, é enfática em defender uma natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, não a apartando da compreensão jurisdicional, ora reafirmando que é inerente o ajuizamento da ação no processo, o que caracteriza, tanto a jurisdição voluntária quanto a jurisdição contenciosa, partes de um mesmo ramo. Tendo, em suma, a presença ou não da lide como ferramenta diferenciadora entre ambas.

³⁰ MARQUES, José F. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**, 2. ed., p.74, 1959. Diz Antonio Segni que as autoridades judiciárias são encarregadas de função com essa denominação, de jurisdição voluntária, as quais não tem caráter jurisdicional, mas constituem, ao contrário, exercício de atividade administrativa, atribuída normalmente a órgãos judiciários, que se distingue por características particulares da atividade administrativa comum, e que pode definir-se como administração pública do direito privado. (**Giurisdizione Civile**, In **Nuevo Digesto Italiano**, vol. 6, p. 393)

5.1 A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA EM NATUREZA ADMINISTRATIVA

É a revolução doutrinária instaurada por Chiovenda que configura forte entendimento da jurisdição voluntária em cunho administrativo. Sua análise vem a acrescentar-se aos esforços de Wach, e ter na jurisdição voluntária uma administração pública do direito privado. Frederico Marques vê a jurisdição voluntária como natureza administrativa pretensão indiscutível doutrinariamente, pois como bem assenta

O Estado, quando intervém, através do juiz, para realizar as funções da denominada jurisdição voluntária, não atua com o intuito de fazer observar a ordem jurídica, nem para dirimir um litígio ou pretensão. Desta forma, é evidente que a jurisdição voluntária nada tem de jurisdicional, porque os atos que se exigem para integrar ou alterar uma relação jurídica não se findam em interesse de agir, consistente na necessidade da tutela por incerteza sobre uma relação jurídica, ou por lesão a direito individual.

Na jurisdição voluntária, a intervenção do juiz se faz imprescindível para que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se. O órgão judiciário presta sua assistência, integrando um negócio jurídico, e isto porque o Estado, apesar de tratar-se de relações de interesse individual, entende dever tutelá-las a fim de garantir melhor os preceitos legais que regem essas relações da vida.³¹

³¹ MARQUES, José F. 1959, p.76.

A visão da jurisdição voluntária em estrutura administrativa é sólida e resistente ao criticar a diferenciação da jurisdição contenciosa por fundamentos preventivos e de existência de litígio, uma vez que essa não é uma regra geral. Sob defesa de Chiovenda, a jurisdição voluntária acamparia sua característica primaz na constituição de relações jurídicas novas, ou estruturando o desenvolver de situações existentes. Cabe aqui resaltar, que no *modus procedendi* da jurisdição voluntária emprega, não a existência de duas partes divergentes, “mas dois interessados na criação ou desenvolvimento da nova situação jurídica”.³² O entendimento da jurisdição voluntária como ato administrativo retumba do judiciário por convenção do Estado, e como se vê presente na doutrina, por força maior do costume e da tradição. Assim, evita-se uma possível lesão da atuação jurisdicional, não tendo uma dupla manifestação por parte do Estado em matéria de tutelar os anseios privados dos que se interessam no procedimento.

Frederico Marques, ao seguir pelo caminho estruturado por Wach e Chiovenda, ressalva uma tangente importante à doutrina da jurisdição voluntária, qual seja “a jurisdição voluntária é atividade administrativa, sob o aspecto material, e de caráter judiciário, do ponto de vista subjetivo, e isto porque distinguimos jurisdição de função judiciária em sentido estrito”.³³

³² OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p. 18.

³³ Op. cit., p.29

Todavia, a atuação do Judiciário nos casos protelados pela jurisdição voluntária não vem a ferir o princípio harmônico da separação dos poderes, uma vez que a admissão administrativa por parte de tal não vem a se confundir com os atos da administração pública exercida na visão do Executivo. A carga da discricionariedade do juiz, não se vê contemplar exaurir as funções alheias a prestação da tutela jurisdicional a ele solicitada, a não ser agir no tocante da lei ao caso concreto a se constituir o estado jurídico.³⁴ Tanto em Chiovenda como em Frederico Marques, vê-se um retorno à defesa do princípio de separação dos poderes para explicar que a fonte originária é una, isto é, parte-se do poder constituinte que define e limita a atuação e inferência do âmbito de cada uma das atividades do Estado, bem como a harmonia entre tais, todavia, desaparecido o poder constituinte, o Poder remanesce e reflete-se nos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, cabendo a tais agir como bem disposto pelo poder originário, sendo que, em pontos não cardiais da atuação estatal, o entrelace entre os poderes não configura violação ao princípio da separação³⁵.

³⁴ Op. cit., p.81. Cristofolini, ao mostrar que o ato administrativo em geral se distingue dos atos de jurisdição voluntária porque praticados estes últimos por órgãos independentes, quais sejam os juízes, e porque, sob o aspecto formal, a jurisdição voluntária é disciplinada pelo processo civil. (**“Efficacia dei Povvedimenti di Giurisdizione Volontaria Emessi da Giudice Incompetente”**, In **“Studi di Dir. Proc. Civ. In Onore di Chiovenda”**, p.400)

³⁵ Op. cit., p.48. A cada um dos três poderes é, de início, atribuída a sua função específica, traçando-se limites intransponíveis, que evitem a usurpação indevida de um poder em relação ao outro. Essa esfera nuclear e fundamental das atribuições de cada poder não pode ser violada, porque então desapareceria a separação funcional preconizada por Montesquieu; mas, no que tange as funções que não se encontram situadas nessa competência mínima de cada poder, a lei ordinária ditará e resolverá a respeito de quem deve exercer os atos respetivos (sic). E, na falta de expressa

A questão da sentença constitutiva, em transitado e julgado, no caráter da jurisdição contenciosa, não distorce a teoria administrativa, porque o estado jurídico que dela decorre, apesar de ser originário, isto é, novo, surge da exaltação de uma parte do processo em detrimento da outra, como Liebman expõe.³⁶

5.2 A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA EM NATUREZA JURISDICIONAL

Agrega-se a Carnelutti grande responsabilidade por amparar na doutrina a defesa da jurisdição voluntária como mecanismo jurisdicional, sobre o qual a figura da lide faz-se engrenagem crucial para a elaboração e compreensão do maquinário que a jurisdição se faz valer. As concepções de Carnelutti sofreram significativas oscilações ao longo do tempo, ao passo em que ele próprio se propunha a revisar sua dogmática ao passar das edições de suas obras.

Carnelutti tem na justa composição da lide matéria prima da semântica a que atribui para jurisdição. Aborda a função processual como o gênero ao qual a função jurisdicional é espécie. Engenha seu pensamento a respeito da jurisdição voluntária e a conceitua na “atividade do juiz dirigida não à composição de uma lide, mas à tutela de um interesse coletivo à boa administração de interesses privados”.³⁷ Nessa abordagem inicial do pensamento de Carnelutti, o juiz tem figura adjunta

disposição legal, quaisquer funções e poderes se presumem atribuídos ao órgão investido de seu exercício como competência normal.

³⁶ LIEBMAN, Enrico T. 1925

³⁷ CARNELUTTI, 1959, p.174.

aos interessados, i. e., em com caráter de ajuizar em função de se atingir a tutela que seja melhor ao interesse em zona de conflito. Aqui, a distinção da jurisdição voluntária para com a contenciosa se dá no fato de nessa a ação jurisdicional ser no intento de promover a composição da lide, e naquela, a participação judicial se dirige a busca de melhor tutelar o interesse que se desenvolve em conflito. Com a sequência autoral das *Instituzioni*, Carnelutti remodela sua sistematização do conceito de jurisdição voluntária, e vai por uma defesa da atuação em juízo da prevenção da lide, sendo esta o escopo da jurisdição voluntária. Em interpretação da defesa de Carnelutti, Swarai Oliveira enfatiza, “o juiz, em colaboração com as partes, intervém, no âmbito da jurisdição voluntária, a fim de constituir efeito jurídico que não se daria sem sua participação.”³⁸

Desenvolve grande responsabilidade na defesa da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária Gian Antonio Micheli, o qual seguindo a seara de Carnelutti, vê na jurisdição voluntária um feixe da própria jurisdição, com fim objetivo a constituição de novos estados jurídicos, com o juízo em razão da justa solução do processo, amparado apenas pelo concerto normativo. Resalta então, a equidade do judiciário enquanto função de Estado, subserviente a razão pública.

A aplicação do direito objetivo, com vistas à satisfação de um interesse público, ocorre seja quando as partes estão em desacordo – quando existe lide –, seja quando estão de acordo. A atuação

³⁸ OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p.27

concreta da lei [...] será verificada na hipótese de confirmação de prevalência de um interesse sobre o outro [...], mas, da mesma forma no estabelecimento das condições necessárias para que determinado ato receba a proteção jurídica que da jurisdição voluntária emana. .³⁹

Micheli também afasta o argumento de que a constituição necessária de determinados atos através da jurisdição voluntária lhe confere natureza administrativa. Lembra que, em sede de jurisdição contenciosa, também as sentenças constitutivas necessárias tem a mesma função.

Micheli vê no exercício equânime do juiz uma das forças motoras do processo jurisdicional, o que para ele não se ausentaria ou seria divergente na jurisdição voluntária. Defende então a fática natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, sendo o fim a que se destina o processo jurisdicional congruente na atuação em regimento ao ordenamento normativo, uma vez que não se julga à jurisdição voluntária, arbitrária ou expoente em juízo do processo.⁴⁰ Conclui que ao juiz cabe o respaldo das ações da jurisdição voluntária, nos desdobramentos em que a própria estrutura institucional retome ao juízo, justamente pelas quais se recaia ao juiz visto a independência e imparcialidade do judiciário como órgão estatal.

³⁹ Op. cit. 2011, p.30

⁴⁰ MARQUES, José F. 1959, p.181. Como salienta Micheli, o traço preventivo da jurisdição voluntária não é suficiente para distingui-la de outros atos estatais, de forma que se trata de um critério parcial, sem caráter específico para fixar o cunho fundamental da jurisdição voluntária.

5.3 DA AÇÃO DISCRICIONÁRIA NA COMPOSIÇÃO JURISDICIONAL À APROXIMAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PROCEDIMENTO VOLUNTÁRIO

A discricionariedade assumida na magistratura é enxergada como um poder ao qual se vela o juiz de decidir, conforme acepções de conveniência e da oportunidade. Todavia faz-se crucial resaltar aqui a não arbitrariedade da ação discricionária, uma vez que apenas se pauta em um único escopo, o da convergência do interesse público com as finalidades do Estado. Swarai acredita tratar-se, em termos de definições, “mais de um dever discricionário, do que de um poder discricionário”.⁴¹ Em termos da ação judicial, o juiz respalda frente a jurisdição voluntária, um maior concorrência dos pontos onde se dispõe da discricionariedade, visto a não divergência litigiosa que se afronta no procedimento, bem como a capacidade de agir no juízo de constituir vínculo jurídico originário. Nesse ponto, tem na refração da atividade administrativa encontro de uma composição de sentido mais propensa a discricionariedade.⁴²

Como já fora mencionado antes, o poder constituinte é poder originário do qual se concebe a estrutura do Estado, seu ordenamento, logo, os poderes inerentes ao Estado. Assim

⁴¹ OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p.150

⁴² OLIVEIRA, Swarai C. Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem discricionariedade administrativa é “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios e oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.”. In: **Jurisdição Voluntária: Perspectiva Atual à Luz da Teoria Geral e da Instrumentalidade do Processo Civil**, 2011, pgs.149-150

sendo, não se viola a separação dos poderes enquanto instituto material do poder estatal, em divergência de funções. A carga axiológica que é estimada no poder constituinte originário, assim sendo, é que rege, isonomicamente, a atuação dos órgãos instituídos na divisão dos poderes, sendo, a ação perante tais princípios e valores, ordenada de execução por todos os poderes. Assim sendo, o que se promove, não é uma divergência na permissão da discricionariedade à ação administrativa para a ação jurisdicional, mas uma valoração conceituada em atos distintos.

É em tais pontos que concorrem uma atuação administrativa dos caracteres jurisdicionais que se percebe a relação esparsa a discricionariedade. Faz se então a referência à interpretação de tal pela presença do direito material.

Por isso – ou seja, por causa da relação de direito material –, o exercício da jurisdição voluntária constantemente se assemelhará à função administrativa, já que, à vista da busca da melhor solução para os interessados, será permitido ao juiz agir de maneira mais flexível, pautando-se não apenas pela legalidade estrita, mas também por critérios de oportunidade e conveniência, para a eliminação do estado de insatisfação. Por essa razão é que se aproximaram, ao longo dos tempos, a função exercida na jurisdição voluntária e a função administrativa e, sem resistência, sempre foi aceito que, na atividade levada a cabo pelo juiz na jurisdição voluntária,

ele pudesse atuar de forma discricionária.⁴³

Não se desaloja a possibilidade de ação discricionária na jurisdição contenciosa, todavia, a busca é pela atuação da lei na facticidade do caso, na busca pela composição da lide. A disputa de interesses conflitantes entre as partes visa um amparo sobre a qual o ordenamento concederá validade dos fatos à razão. Não cabe ao juiz integrar-se as parte e buscar uma solução que melhor se oportune na solução do caso, que seja melhor conveniente, uma vez que a ele cabe dizer o direito para a solução de um impasse entre os interesses das partes. A pretensão resistida que qualifica o conflito de interesses volta-se a aplicação de uma norma, uma regra do ordenamento, e não uma carga valorativa e principiológica. A discricionariedade nos casos da jurisdição de praxe, a jurisdição contenciosa, se dará no julgamento de casos que sobre eles se recaiam uma amplitude esparsa da norma, onde um espectro de prováveis soluções se abrirá ao juiz, sendo ele responsável por atuar escolhendo a resolução que melhor equacione o caso, uma exemplificação à figura do *Juiz Hércules* proposto por Ronald Dworkin.

A interpretação, inerente ao exercício da jurisdição, jamais será, por isso, um exercício absolutamente livre do juiz, mas, ao mesmo tempo, nunca será completamente mecânica. Interpretação e

⁴³ OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p.154.

criação do direito correrão paralelamente, e a discricionariedade estará presente quando, sopesados os princípios, à luz da Constituição, mais de uma escolha se mostrar razoável. Caberá ao juiz, optando por uma delas, fundamentar a sua escolha nos valores postos à sua frente.⁴⁴

6. BREVE ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Uma das grandes características do Direito Internacional Público é a jurisdição facultativa, que objetiva refletir a soberania estatal. Deriva-se disso distinções importantes em face do direito interno, que estabelece um órgão competente para elaborar normas, tribunais hierárquicos e conta com um poder central com legitimidade de aplicação, até por meio da força, pela qual se aplica às decisões construídas por meio da lei. O Direito Internacional não possui, propriamente nenhuma dessas características, ele também não é composto por normas secundárias, apenas primárias ⁴⁵.

As diferenças se ampliam quando se tem como referencial o sistema internacional como um todo, que é organizado de forma horizontal por 193 Estados soberanamente reconhecidos, por isso seu caráter não hierárquico e

⁴⁴ OLIVEIRA, Swarai C. 2011, p.202.

⁴⁵ Acerca disso, Hart (2009, p. 277), em seu livro O conceito de Direito , coloca que falta “ [...] uma norma de reconhecimento unificadora que ‘especifique’ as fontes do direito e forneça critérios gerais para a identificação de normas”.

anárquico⁴⁶, em que nenhum país membro possui mais expressão do que outro, ao menos em tese. À luz dessas características, pode-se ter a impressão que essa configuração propicia uma discricionariedade que não permite que se tenham resultados efetivos nas relações entre Estados. No entanto, o poder coercitivo do DIP se mostra de outras formas, em que a reciprocidade, as vantagens em se respeitar as normas, bem como o papel do *soft law*⁴⁷.

Firmada nessas premissas, a Corte Internacional de Justiça fará uso da jurisdição voluntária, ou seja, terá como pressuposto um consentimento, por parte dos Estados, em utilizar o modo de solução jurisdicional de seus conflitos. Nesse sentido,

um Estado tem sempre o direito de recusar a ser levado perante um tribunal se este não exprimiu seu consentimento. Tanto a C.P.J.I. quanto a C.I.J. relembraram com firmeza esse princípio em numerosas ocasiões, o que traduz a forte repugnância destes a se submeter a uma solução obrigatória e fundada no direito, por uma terceira parte, dos litígios.

48

⁴⁶ Em contraste, o direito interno apresenta uma estrutura hierárquica e vertical.

⁴⁷ Mazzuoli (2010) explica que o termo *soft law* “na sua moderna acepção ela compreende todas as regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de 'norma jurídica', seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes.”

⁴⁸ ZANINI, Thiago José. 2008, p. 358.

Dessa forma, pode-se dizer que “os Estados não consentem à competência à Corte, eles as conferem competência”⁴⁹, trata-se portanto de uma aceitação voluntária.

Os casos submetidos a Corte Internacional de Justiça se dividem em duas categorias: os contenciosos (*contentious cases*) e os pareceres consultivos (*advisory proceedings*). No primeiro deles estabelece-se que apenas Estados podem ser partes dos processos e recorrerem ao Tribunal para as resoluções de suas controvérsias. Nos pareceres consultivos, além dos países, abre-se disponibilidade aos cinco órgãos das Nações Unidas e suas dezesseis agências especializadas.

Outro aspecto importante e controvertido sobre a não adesão brasileira, gira em torno da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, que obteve direta e proeminente participação do chanceler brasileiro Raul Fernandes em sua criação. Procura-se explicações no fato do Brasil preferir soluções diplomáticas e, de fato, o Brasil possui um histórico de preferências de soluções negociadas, no entanto esse atributo é insuficiente ante o posicionamento brasileiro na defesa da prevalência do Direito Internacional ⁵⁰ e também com o próprio texto constitucional brasileiro que elenca que o país, em suas relações internacionais visa a solução pacífica dos conflitos, a defesa da paz e a cooperação dos povos para o progresso da humanidade. Apesar desse elemento, não se pode dizer que o Brasil rejeita a Corte Internacional de Justiça e rejeita sua importância na resolução de conflitos em âmbito internacional,

⁴⁹ WEIL, 1996, p. 843, apud ibidem.

⁵⁰ ARAUJO, B.; MOSCHEN, V.; CARMO, V. (Org). 2016.

pelo contrário, sua adesão ao Pacto de Bogotá de 1948, que possui em seu artigo 31 o reconhecimento da jurisdição da Corte.

CONCLUSÃO

Propôs-se neste estudo apresentar um quadro acerca do desenho conceitual e funcional da jurisdição, em sua composição litigiosa e na administração pública de direitos privados. A aferição da unicidade da jurisdição não é barreira para sua compreensão multifacetada, afirmação essa que não vai de encontro com o princípio da soberania, visto que os fins são meramente em rigor de entendimento e aferição acadêmica. Apresentou-se um dedilhar semântico e sintático sobre o cosmo jurisdicional, bem como alguns pormenores da discussão jurídica que se faz relevante no exercício jurisdicional.

A configuração da jurisdição contenciosa e da jurisdição voluntária procurou percorrer uma esquematização dos principais argumentos e entendimentos do funcionamento, procedimento, debate e desdobrar de tais. Procurou fazer presente um horizonte comparativo, apresentando não apenas onde ambas se mostram paralelas, mas também onde se figuram concorrentes em determinados ponto, em pura analogia geométrica do espaço jurisdicional.

Mostrou-se importante salientar também o levantamento acerca da aproximação da jurisdição voluntária enquanto arranjo estatal que adentra na seara administrativa,

principalmente em função da discricionariedade de semblante extremamente próximo ao da praticada na função administrativa. Não eximindo, entretanto, uma breve percepção do papel da discricionariedade na jurisdição contenciosa.

Por fim, um exemplo da abordagem voluntária da jurisdição em caso de simetria do ordenamento interno para com a composição de cortes internacionais, onde o papel de atuação da jurisdição é disputado na amplitude da resolução de aspectos jurídicos levados a tais tribunais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. R. de. **Teoria geral do processo**. FGV Direito Rio, 2015. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/teoria_geral_do_processo_2015-2.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

ARAUJO, B.; MOSCHEN, V.; CARMO, V. (Org). Direito Internacional II. **XXV Encontro Nacional do Conped**. Florianópolis, 2016.

ARAÚJO, Rodrigo. **A impropriedade da jurisdição contenciosa na ação de conversão da separação em divórcio**. 2009. Disponível em <<http://www.acjadvocacia.com.br/artigos/227-a-impropriedade-da-jurisdicao-contenciosa-na-acao-de-conversao-de-separacao-em-divorcio/>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ed. Lejus, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. v. II.

COSTA, Alfredo de A. L. da. **Dos processos especiais: a administração pública e a ordem jurídica privada.** Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1954.

DIAS, Renato D. Jurisdição voluntária e formas alternativas de resolução de conflitos. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_s_leitura&artigo_id=8069>. Acesso em jun. 2017.

DUTRA, Leonardo. Breve lições sobre jurisdição, processo e ação em Francesco Carnelutti. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro** – n. 10 – ago./dez. 2014. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8666>. Acesso em: 1 jun. 2017.

FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado Moderno no Ocidente.

Revista Lua Nova, São Paulo, p. 11-39, 2007.

Disponível

em:<<file:///C:/Users/gabri/Downloads/SOBRE%20AS%20ORIGENS%20E%20O%20DESENVOLVIMENTO%20DO.pdf>>. Acesso em jun. 2017.

GODINHO ZANINI, Thiago J. A decisão do Estado em recorrer a uma solução jurisdicional de suas controvérsias. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 355-384, jan./jun. 2008

MACEDO, Elaine H.; BRAUN, Paola R. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba, Ano VI, n. 12, jul-dez/2014.

MARQUES, José F. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

MEZZOMO, Marcelo C. Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3902>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

OLIVEIRA, Swarai C. **Jurisdição voluntária**: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

REIS, Rômulo R. **A Jurisdição no Estado Moderno enquanto mecanismo de encobrimento da diversidade**: a alternativa da jurisdição plurinacional na Constituição Boliviana. 91 fls. Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/45.pdf>>. Acesso em jun. 2017.

SUNDFELD, Carlos. A.; **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 189 p..

TESHEINER, José M. R. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

A INTERFERÊNCIA DA LEGÍTIMIA EM FACE DA AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR: UMA ABORDAGEM METAJURÍDICA

Luís Henrique Ferreira Campos de Almeida¹
Carlos Randel Crepalde Mafra²
Fabiano César Rebutzi Guzzo³

RESUMO

O presente artigo analisa a limitação imposta pelo direito à legítima dos herdeiros necessários em face da autonomia privada do testador quando da disposição do seu patrimônio. O estudo faz uma abordagem panorâmica do instituto da legítima e da sucessão testamentária na legislação brasileira, bem como traz a lume referências jurídicas internacionais. O artigo conclui que através de uma análise metajurídica, que não há razão para manutenção da proibição legal de testamento quanto ao patrimônio integral do testador mesmo havendo herdeiros necessários, desde que a possibilidade de testamento integral do patrimônio se dê em razão das circunstâncias fáticas. Isto porque este estudo conclui que a proteção ao núcleo familiar (que, em tese, justifica a limitação imposta pela legítima à sucessão testamentária) nem sempre se faz necessária, não podendo-se adotar tal presunção como absoluta.

Palavras-Chave: *Direito das sucessões. Legítima. Testamento. Autonomia Privada.*

INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pela UNIPAC Mariana.

² Advogado. Mestrando em Criminologia Forense pela Universidade de Buenos Aires. Professor Assistente UNIPAC.

³ Advogado. Mestre em Direito e Globalização. Professor Adjunto UFOP. Professor Adjunto UNIPAC e Professor Titular FDCL.

Np presente artigo será feito um estudo dogmático, doutrinário e metajurídico acerca do direito das sucessões brasileiro, em especial acerca do instituto da legítima e a restrição imposta ao patrimônio do testador em face da existência de herdeiros necessários.

A análise metajurídica é aquela que o senso comum teórico identifica como “não-jurídicas”, estando à margem. Ela que relaciona o direito ao campo das ciências humanas e sociais. A função da análise metajurídica busca de forma simples, situar o direito dentro de um campo de saber que exige a interdisciplinaridade para otimização da análise. Ela submete o saber dogmático e também o da ciência do direito ao exame das pesquisas no âmbito das ciências humanas e sociais aplicadas e suas conclusões. Além disso, ela municia a ciência jurídica com elementos que fazem parte da complexa “equação” que o direito lida, enquanto prática e ciência.

A grande problemática que se busca enfrentar e resolver é se ainda há juridicamente justificativas plausíveis e aceitáveis para a previsão legislativa que veda o testamento integral do patrimônio em face da existência dos herdeiros ditos necessários.

A pesquisa se justifica na medida em que cada vez mais passamos a trabalhar com uma noção de “direito civil mínimo”, segundo o qual a influência do legislador estatal na vida privada deve ser pontual e apenas esporádica e excepcionalmente, em respeito a autonomia privada da pessoa humana.

A visão contemporânea do direito civil também prega sua personalização e despatrimonialização, razão pela qual será estudado os fundamentos de proteção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro – sobretudo em face da evolução do direito previdenciário.

Será realizada uma análise dogmática sobre o tema, dissertando acerca da vocação hereditária, bem como da doação inoficiosa e das “legítimas uxórias”, etc, e, por fim, adentraremos no tema da autonomia privada a partir de uma crítica concreta do instituto da legítima com base em análises de situações fáticas que indicam a necessidade de relativização da restrição imposta a autonomia privada do testador.

2. PANORAMA DOGMÁTICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES BRASILEIRO

Neste tópico será realizado um esboço sintético e ilustrativo do sistema jurídico de sucessão do ordenamento brasileiro para, em seguida, ser explorado o tema principal de estudo.

O art. 1.784 do Código Civil consagrou o *droit de saisine* determinando que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e aos testamentários” (BRASIL, 2002). Nas palavras de Pitanga Pinto (2006, p.20-28), prevalece nas sucessões a supremacia axiológica da do texto constitucional e que o princípio da saisine é importante para que o patrimônio do autor da herança não fique acéfalo:

O Direito das Sucessões, como conjunto de regras que regula a transferência do patrimônio do falecido para os seus substitutos, deve ser interpretado de acordo com a moderna concepção jurídica, mediante respeito absoluto aos princípios constitucionais norteadores do Direito Público e do Direito Privado, em razão da supremacia axiológica da Constituição. Destarte, morrendo alguém que deixa bens, instala-se o fenômeno sucessório, regido pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, bem como pelas regras de Direito Civil e da legislação extravagante. [...] Quando se abre a sucessão hereditária, seja ela legítima ou testamentária, discutem-se relações jurídicas patrimoniais. Os legitimados, arrimados na ficção jurídica do princípio de saisine, acessam, imediatamente, a posse indireta e a propriedade dos bens, na proporção de seus quinhões hereditários. A isso se dá o nome de vocação hereditária. A transferência imediata é uma exigência legal e sua existência se situa no plano da conveniência, já que impede que o patrimônio fique acéfalo até a nomeação de um inventariante.

O art. 1.786 do Código Civil Brasileiro prevê o duplo-sistema sucessório, legal/legítima e testamentário: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

Contudo a sucessão testamentária brasileira não é plena, pois é mitigada em face do instituto da legítima dos herdeiros necessários, consoante prevê o art. 1.789 do mesmo diploma

legal (BRASIL, 2002): “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”, bem como prevê de maneira análoga o art. 1.857, §1º (BRASIL, 2002): “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”.

Prevê o art. 1.845 do Código Civil que: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

A legítima consiste na indisponibilidade de metade (cinquenta por cento) do patrimônio do autor da herança que é assegurada aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro⁴).

Ademais, importante destacar que a lei prevê a intransmissibilidade das dívidas do defunto para o herdeiro em valor superior as forças da herança: “Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados” (BRASIL, 2002).

Vale ressaltar que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) introduziu no direito brasileiro a possibilidade de aplicação de direito

⁴ Optou-se por equiparar o cônjuge ao companheiro tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, em 31/08/2016, que julgou inconstitucional o tratamento diferenciado dado a sucessão do companheiro no art. 1.790 do Código Civil Brasileiro de 2002. Até porque o casamento mesmo nulo, o sendo putativo, não exclui os direitos hereditários, logo, razão não há para a união estável ser excluída da regra geral.

estrangeiro mais favorável ao cônjuge e filhos brasileiro sobre os bens situados em nosso território, conforme art. 10, §1º do decreto-lei: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*” - tal norma foi recepcionada pelo art. 5º, XXXI da CRFB (BRASIL, 1998).

Por fim, importante a leitura do Código de Processo Civil brasileiro que traz normas de competência importantes, preconizando que “o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro” (art. 48, BRASIL, 2015) e subsidiariamente “o foro de situação dos bens imóveis”, “havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes” e “não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio” (art. 48, I, II, III, BRASIL, 2015)

2.1 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil não possui uma “cultura testamentária” muito difundida, razão pela qual a maioria dos inventários e partilhas seguem a ordem e as regras legais da sucessão legítima – que, invés de funcionar como norma supletiva de omissão, é

verdadeira regra em face a exceção testamentária e, sobretudo, em face da restrição imposta pela legítima.

Pode-se dizer que o planejamento sucessório não é um hábito da cultura nacional, talvez em razão das nossas raízes judaico-cristãs para as quais o ato de planejar e refletir sobre a morte deve ser evitado – o que não ocorre em países protestantes do *common law* e em países islâmicos.

A inexistência de testamento, todavia, não é requisito para a sucessão legítima, pois ainda que haja testamento deixado pelo *de cuius*, havendo herdeiros necessários vivos, ou seja, cônjuge/companheiro, ascendente ou descendente, o inventário da parte indisponível do patrimônio (“parte legítima”) será processado nos termos da sucessão legítima.

Assim prevê o art. 1.788 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

O nascituro é legítimo a suceder, nos termos do art. 1.798 do Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002).

A ordem de vocação legal encontra-se prevista no art. 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão

universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais [até o quarto grau, consoante art. 1.839 do mesmo código]

Neste sistema uma classe de herdeiros (inciso mais próximo) exclui a outra classe (inciso mais distante) e ainda: “Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação [...] art. 1.836. [...]. § 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas [...] art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos” (BRASIL, 2002).

A origem dessa tradição de “classes de herdeiros”, segundo Almeida Costa (2008, p. 183) remonta ao antigo Código Visigótico português do século XXI, que também disponha sobre a legítima em si.

A razão de ser da ordem legal se funda em uma suposta preferência de afinidade entre os membros da família, conforme fala Grotius, citado por Carlos Maximiliano (1937, p. 153), a sucessão legítima é, uma espécie de “testamento presumido” do falecido, é outorgada como é de crer que o hereditando opinaria aos membros da sua família, preferido a prole (pois os descendentes seriam um prolongamento da vida *post mortem*),

ao cônjuge com quem compartilhou a existência e aos antepassados que lhe deram a vida e a a criação (ascendentes).

Segundo as palavras de Euclides Benedito tal sistema também havia nas Ordenações Filipinas:

[...] o direito sucessório é tratado nas Ordenações Filipinas no Título XCVI, que estabelece a partilha entre os herdeiros [..] Como se há de fazer as partilhas entre os herdeiros, com atribuição aos descendentes e aos ascendentes, em caso de morte *ab intestato*: e falecendo sem testamento, se dará aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição do Direito, e partirá com os herdeiros do defunto, todos os bens e coisas, que ambos haviam, asi móveis, como raiz (OLIVEIRA, 2005, p. 23)

Em relação ao cônjuge o Código Civil exige que o mesmo não esteja separado do autor da herança:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Ainda determina a lei civil que “na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau” (art. 1.835, BRASIL, 2002). O Código Civil ainda prevê que “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os

ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna” (art. 1.836. § 2º BRASIL, 2002).

Em relação aos colaterais ainda há uma discriminação entre os chamados irmãos bilaterais (germanos) e irmãos unilaterais, pois “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar” (art. 1.841) – regra que se aplica aos sobrinhos: “Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles” (art. 1.843, §2º).

A herança, apesar de tudo, pode ser cedida através da cessão de quinhão hereditário, porém na “venda” de parte da herança, os demais herdeiros têm preferência na aquisição – o que demonstra mais uma vez a preocupação do legislador em manter o patrimônio no âmbito familiar e não em posse de estranhos, nos termos da lei:

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública [...]

Art. 1.794. O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.

Curiosamente art. 1.804 do Código Civil exige a aceitação da herança e autoriza a possibilidade de sua renúncia, segundo o código a aceitação pode ser tácita, mas atos officiosos como o funeral não exprimem aceitação, bem como que há

possibilidade de determinação judicial para que o herdeiro manifeste se aceita ou não, entendendo-se como aceita em caso de silêncio:

1.804 [...] Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.

§ 1º Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.

§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros.

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

Quanto ao chamado direito de representação, conceitua o próprio código que “dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse” (art. 1.851, BRASIL, 2002) e que o direito de representação é exclusivo da linha reta descendente e nunca ocorre na linha ascendente (art. 1.852), mas que “na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem” (art. 1.853) e, por fim,

que “o renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra” (art. 1.856).

A lei ainda permite a anulação ou rescisão do inventário e partilha de herdeiro preterido por meio da ação de Petição de Herança:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. (BRASIL, 2002)

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) ainda tem normas específicas sobre o tema, prevendo que é rescindível a partilha julgada por sentença nos casos de dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, preterição de formalidades legais e se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja (art. 658).

Trata-se de mais um reflexo da proteção familiar que impede a exclusão dos herdeiros em caso de má-fé ou em caso de investigação de paternidade póstuma, quanto ao tema há inclusive súmula do STF que aduz: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

2.2 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Prevê o art. 1.857 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “toda pessoa [relativamente] capaz [a partir dos 16 anos, por força do art.1.860, § único] pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”⁵ – o testamento é uma exceção a vedação do *pacta corvina*.

Contudo, apesar da literalidade do artigo, o mesmo estatuto civil (art. 1.857, §1º) proíbe que se disponha em testamento sobre a legítima (metade do patrimônio) se houver herdeiros necessários – tanto assim que o art. 1.967 (BRASIL, 2002) traz regramento legal sobre a redução das disposições testamentárias:

Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

⁵ Tamanha a ausência de confiança na sucessão testamentária em nossa cultura jurídica, que o Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2015), não admite a sucessão testamentária extrajudicial em nenhuma hipótese, consoante art. 610, sendo-lhe inaplicáveis as disposições da Lei nº 11.441/2007 e Resolução nº 35/2007 do CNJ.

Ao contrário, se houver apenas herdeiros colaterais diz o art. 1.850 (BRASIL, 2002) que “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Na sua origem rudimentar na Roma republicana (509-27 a.C.), era possível haver testamento de todo patrimônio à livre escolha do testador ainda que existissem herdeiros necessários nas lições de Lafuente (1956, p .14):

Na fase republicana, destaca-se a grande liberdade de testar, talvez a maior já conhecida, mantida até o período *justinianeu*. Neste período o testamento passou a ter grande relevância pois a sucessão legal era supletiva em relação à testamentária, daí advindo a sua denominação *successio ab intestato*. Predominava, assim, a sucessão testamentária em relação à legítima.

Naquele contexto havia um poder absoluto do *pater familias*, que poderia livremente deserdar qualquer um dos herdeiros e até mesmo (pasmem) vender um filho como escravo - posteriormente a *Lex Furia* e *Lex Falcidia* (século II a. C.) criou restrições a liberdade de testar.

O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado (ou revogado) a qualquer momento, razão pela qual é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou

correspetivo (dicções do art. 1.858 c/c art. 1.863 do Código Civil Brasileiro).

Ao contrário da sucessão legítima que considera legítimos a suceder apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1.798), na sucessão testamentária é também legítimo os filhos ainda não concebidas (ou seja, sem sequer ser nascituro ainda):

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (BRASIL, 2002);

Existem diversas espécies de testamento, podendo ele ser público, cerrado ou particular, ou ainda, aeronáutico, marítimo, etc.

Independente de qualquer formalidade o “micro-testamento”, chamado de codicilo, destinado a disposição de pequenas montas ou objetos pessoais, nos termos do art. 1.881 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Plenamente possível, portanto, que o autor da herança disponha em testamento em favor de qualquer pessoa ainda que não haja vínculo de parentesco natural consangüíneo, civil ou afim, bem como em favor “em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública” (art. 1.902, BRASIL, 2002).

Trata-se, portanto, da aplicação máxima da autonomia privada que autoriza a disposição patrimonial consoante vontade do proprietário, salvo raras exceções que vedam alguns beneficiários, como as testemunhas do testamento ou concubino (cf. art. 1.900, V c/c art. 1.801, Código Civil, BRASIL, 2002), ainda assim exceções questionáveis.

É possível, inclusive, o testamento nuncupativo (*in extremis vitalis*) para aquele que está a beira da morte e deseja testar sobre seu patrimônio.

O testamento, todavia, não está restrito as disposições patrimoniais, pois o art. 1.857, § 2º, autoriza as disposições testamentárias de caráter não patrimonial. Costa Machado (2016, p. 1.640) ilustra este artigo da seguinte maneira: “Dentre as disposições não patrimoniais que podem ser incluídas em testamento estão o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutores ou curadores, a manifestação de vontade de doação de órgãos”.

Outro exemplo bem atual de disposições não patrimoniais é o chamado “testamento vital” (*living Will* ou diretivas antecipadas) através do qual o testador indica que tipo de tratamento ou não tratamento deseja se submeter em

eventual ocasião na qual se encontre doente em estado incurável ou terminal. Sá (2005, p. 36) afirma que “o *living will* ou ‘testamento em vida’ pretende estabelecer os tratamentos médicos indesejados, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou em estado terminal” e Pessini (2004, p. 88) classifica o testamento vital como “disposições dadas em vida por uma pessoa acerca das escolhas terapêuticas que serão implementadas na fase final de sua vida”.

O Código Civil enumera algumas hipóteses na qual haverá nulidade da disposição testamentária, como no caso de testamento em favor de pessoa incerta, que deixe ao arbítrio de outrem a fixação do valor do legado, que beneficie concubino ou o irmão do tabelião ou testemunhas do testamento, entre outros casos, conforme abaixo transcrito:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando

simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

Art. 1.900. É nula a disposição:

I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Por outro lado, o art. 1.901 do Código Civil (BRASIL, 2002) prevê como válida a disposição que se dê “em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado” (inciso I) e “em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado” (inciso II).

Em caso de erro sobre a designação do herdeiro ou legatário, o art. 1.903 do Código Civil prevê a anulação do testamento, salvo se, pelo contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a

pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se – trata-se, portanto, de previsão legal que busca resguardar a intenção do testador e sua autonomia privada na disposição patrimonial de última vontade.

De forma parecida o art. 1.910 diz que a “ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador” (BRASIL, 2002) – ou seja, não necessariamente haverá invalidade de todo o testamento em caso de ineficácia de uma disposição.

Em relação a anulação de disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação, a lei prevê um prazo decadencial de 4 (quatro) anos contado do conhecimento do vício (art. 1.909, BRASIL, 2002).

Há a possibilidade de substituição de herdeiro ou legatário consoante expressas previsões da lei civil:

Art. 1.947. O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

Art. 1.948. Também é lícito ao testador substituir muitas pessoas por uma só, ou vice-versa, e ainda substituir com reciprocidade ou sem ela.

Também há ainda a possibilidade de um curioso instituto chamado “rompimento testamentário” que ocorre na hipótese de surgimento de um descendente sucessível ao testador que o

mesmo não conhecia quando testou ou outros herdeiros necessários:

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

No comentário preciso de Cota Machado (2016, p. 1.724):

Art. 1.973 [...]: Trata a hipótese de acontecimento superveniente que tem o condão de alterar a manifestação de vontade do testador [...] o rompimento do testamento é também chamado de revogação presumida, ficta ou legal. O legislador presume que nessas hipóteses o testador teria testado de forma diversa caso soubesse da existência de descendente sucessível.

Por fim, o testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito (art. 1.969) e a revogação não precisa ser necessariamente total, pois a lei autoriza a revogação parcial (art. 1.970) e termina que “se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior” (art. 1.970, § único).

O Código Civil (BRASIL, 2002) também disciplina que a revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos (art. 1.971) e que o testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado (art. 1.972).

3 O INSTITUTO DA LEGÍTIMA E O ARGUMENTO DA “PROTEÇÃO DO NÚCLEO FAMILIAR”

Neste tópico será explorado as minúcias do instituto jurídico da legítima no ordenamento dogmático brasileiro e, em especial, sua origem histórica com base no direito comparado, bem como o argumento da “proteção familiar” usado como fundamento ontológico para se proibir que o testador que tem herdeiros necessários possa dispor de todo o seu patrimônio.

3.1 A DEFINIÇÃO DA LEGÍTIMA E SUA ORIGEM HISTÓRICA

O art. 1.846 do Código Civil (BRASIL, 2002) é peremptório e incisivo ao determinar que: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Na mesma linha, o Código Civil Português, em seu artigo 2.156º, prescreve que “entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos”. (PORTUGAL, 1966).

Tal regra está em consonância com o art. 1.789 do mesmo diploma legal (BRASIL, 2002) que prescreve: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”, bem com o art. 1.857, §1º (BRASIL, 2002): “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”.

De igual forma o art. 1.966: “O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível” (BRASIL, 2002).

Venosa (2013, p. 178) leciona que este instituto também é relíquia jurídica presente na legislação pátria desde as ordenações anteriores ao Código Civil de Bévilaqua de 1916:

No Direito das Ordenações, anterior ao Código de 1916, também havia limitação, não podendo o testador dispor de mais que um terço do patrimônio, reservando-se dois terços aos herdeiros necessários. Contudo, a Lei n' 1.839, de 31- 12-1907 [Lei Feliciano Pena], já erigira a metade da legítima e a metade disponível, situação mantida pelo Código de 1916. Portanto, modernamente, havendo herdeiros necessários, o patrimônio do morto deve ser considerado em duas porções, uma porção disponível e uma porção indisponível. Se o testador não esgotar toda parte disponível de seu patrimônio, o remanescente se acresce à

legítima dos herdeiros necessários. Essas duas parcelas da herança devem ser vistas por dois ângulos. A porção que se denomina "legítima" está ligada ao direito do herdeiro. A parcela "disponível" é ligada ao ato do testador, aquela metade do patrimônio de que ele pode dispor.

Segundo Maximiliano (1937, p. 375), a legítima é uma construção jurisprudencial do tribunal romano dos Centúmviros: o testamento que prejudicava os parentes próximos do *de cuius* era submetido à apreciação do referido tribunal, que avaliava se a exclusão do parente havia sido legítima ou não (*querela inofficiosi testamenti*). Caso se entendesse pela inexistência de razões justificadoras de deserdação, anulava-se o testamento, sob o pressuposto de haver sido feito em momento de demência, pois “não parecia crível que um homem normal tivesse generosidade com estranhos e desdém para com as pessoas ligadas a ele pelo vínculo de sangue”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 375).

A legítima, assim, trata-se de um patrimônio intangível, protegido pela lei, que não pode ser objeto de disposição caso haja herdeiros necessários.

Por fim, prevê o art. 1.847 do Código Civil que “calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação” (BRASIL, 2002), bem como a impossibilidade de clausular a legítima salvo por autorização judicial:

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. [...] § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão subrogados nos ônus dos primeiros (BRASIL, 2002).

3.2 OS DESDOBRAMENTO DA LEGÍTIMA

Curioso notar que além da regra geral da legítima, há ainda a previsão de “micro-legítimas uxórias” em relação ao cônjuge que possui garantias especiais de “parcelas mínimas” da herança, pois prevê o Código Civil (BRASIL, 2002) que “em concorrência com os descendentes [\(art. 1.829, inciso I\)](#) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer” (art. 1.832) e que “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau” (art. 1.837).

De forma parecida e reflexa, o art. 548 e art. 549 do Código Civil (BRASIL, 2002), proíbe a toda pessoa a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência, bem como a doação quanto à parte que exceder à

de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (chamada de “doação inoficiosa”).

Porém, o direito a legítima não é absoluto, pois os herdeiros necessários poderão ser privados da legítima nos casos de indignidade (via ação judicial) e deserdação (com previsão testamentária), taxativamente estabelecidas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Portanto, somente por força de atos praticados pelos próprios herdeiros necessários, desde que expressamente previstos em lei, podem os mesmos vir a ser excluídos da sucessão, perdendo o direito à legítima.

Entre os casos legais que autorizam a exclusão do herdeiro ao direito de herança encontram-se os casos em que os herdeiros ou legatários houverem sido autores de homicídio doloso contra o autor da herança, seu cônjuge, ascendente ou descendente, tiverem mantido relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, nos casos de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade ou desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, nestes termos:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem

em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

[...]

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

Salvo tais situações, contudo, não há possibilidade de exclusão do herdeiro necessário a legítima e, conseqüentemente, não há como testar sobre a respectiva metade indisponível.

3.3 O ARGUMENTO DA PROTEÇÃO FAMILIAR E A RAZÃO ONTOLÓGICA DA LEGÍTIMA

Ante o exposto, chegamos então uma indagação, que diz respeito ao fundamento da legítima, ou seja, por quais razões instituto tão antigo ainda vige no Brasil em tempos de Estado Democrático de Direito e qual o fundamento de ser da legítima para ter sobrevivido em nossa legislação por tantos anos mesmo sendo um instituto tão obsoleto?

Originariamente a ideia parece estar ligada a uma regra patriarcal de manutenção do patrimônio no círculo familiar – tal como ocorre no direito canônico que veda o casamento entre clérigos para se evitar o esvaziamento das riquezas da igreja apostólico-romana.

Para Pontes de Miranda (2005, p. 79) a justificativa histórica consiste numa ética da comunhão familiar e na proteção dos filhos contra “pais impiedosos” que poderiam contemplar apenas estranhos ao ambiente familiar.

Trata-se de um verdadeiro ritual familiar de continuidade que identifica a propriedade da terra com a própria família.

Mais modernamente, o fundamento parece ser o dever de proteção integral da família esculpido no art. 226, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988): “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Para Rabindranath Capelo de Sousa, o fundamento encontra-se presente na proteção do núcleo familiar, logo a sucessão legítima teria por razão essencial a entreajuda e solidariedade familiar, tal como o dever de alimentos, de modo a assegurar uma base do patrimônio familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade (CARVALHO, 2014, p. 428).

Logo, hodiernamente, o fundamento da legítima e da vedação do testamento sobre a totalidade do patrimônio do autor da herança consiste (em síntese) na segurança jurídica patrimonial da família de modo a não deixar os herdeiros financeiramente desamparados caso o autor da herança desejasse doar em testamento toda a sua fortuna, por exemplo, para apenas um dos filhos ou somente para a mãe invés do pai, ou para sua amante, amigo próximo ou até mesmo para seu time de futebol favorito.

Analisando a jurisprudência brasileira, não há um único caso sequer que sobreponha a vontade do testador sobre a indisponibilidade da legítima, os tribunais são uníssomos na

aplicação fria da lei. A título de exemplo, o próprio Superior Tribunal de Justiça se contém com a previsão legal:

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 160969
PE 1997/0093328-8

Ação ordinária de nulidade de doação cumulada com sonegação de bens e perdas e danos. Doação inoficiosa. Legítima.

1. A anulação da doação no tocante à parcela do patrimônio que ultrapassa a cota disponível em testamento, a teor do art. 1.176 do Código Civil, exige que o interessado prove a existência do excesso no momento da liberalidade.

2. Recurso especial conhecido e provido, por maioria

Vê-se, dessa forma, que o fundamento ontológico contemporâneo da legítima consiste em uma proteção patrimonialista da (expectativa de) propriedade dos herdeiros, presumindo-se a necessidade de amparo financeiro da família em face ao falecimento do autor da herança.

Contudo, conforme será melhor trabalho no capítulo oportuno, nem sempre esse fundamento (presumido) se constata na prática, pois as vezes não há o que se proteger, visto que o autor da herança já idoso é que muitas vezes é amparado materialmente pelos herdeiros.

Assim, temos uma verdadeira mitigação da autonomia privada do testador que não se justifica nos tempos modernos, sobretudo porque neste caso a autonomia privada não está ofendendo direitos da personalidade e nem a dignidade da pessoa humana, consoante iremos explorar em seguida.

4 A AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é o poder jurígeno de criar e dissolver vínculos, mas não é absoluto e não se confunde com a autonomia privada que é fruto do voluntarismo exarcebado do dogma da vontade liberal (*laissez-faire*). Ao contrário, a autonomia privada é fruto do dirigismo contratual e da publicização do direito privado em respeito as garantias fundamentais e os direitos da personalidade humana.

Conforme dicionário etimológico Houaiss, “autós” significa “a idéia de si mesmo” e “nomói” corresponde as normas – logo, autonomia é a possibilidade de auto-regramento, de determinar as normas da própria vontade, porém diz o art. 421 do Código Civil que: “A liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Juridicamente, a autonomia privada significa um poder de autodeterminação da própria vida e, em se tratado do testamento sucessório, na autodeterminação de disposição do próprio patrimônio. Segundo Rodrigues Junior (2004, p. 1):

A autodeterminação, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de

interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.

O autor, se apropriando do constitucionalista português Canotilho, defende que a autonomia privada é uma espécie de auto vinculação que da margem ao autogoverno do indivíduo:

Tais concepções estão muito próximas às que José Joaquim Gomes Canotilho(1998, p. 1283), esforçado em John Elster e Saint Holmes, denomina autovinculação, princípio pelo qual os indivíduos e as sociedades, por meio de uma constituição, adstringem-se “a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades”. A autovinculação, que se expressa de um modo positivo ou negativo, daria margem ao autogoverno dos indivíduos, mediante a pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, seja mediante restrições ou exigências, que resultariam em um comportamento ótimo dos homens, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à extinção das espécies discriminatórias (por etnia, sexo ou opção ideológica) ou à educação para condutas justas e úteis (CANOTILHO, 1998, p. 1284). (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126)

Segundo Leite (2010, p. 1) a autonomia privada tem origem na antiga autonomia da vontade que se fundou nos ideais liberais de contrato social rousseauiano e na filosofia kantiana:

A grande relevância repaginada do princípio da autonomia privada no direito contratual brasileiro permite que esse seja apontado com um dos principais paradigmas do Direito Civil contemporâneo. E é exatamente por essa razão tal paradigma deve ser repensado e redimensionado. O conceito surgiu a partir das concepções liberais que especialmente se desenvolveram nos séculos XIX e XX, principalmente em função do prestígio que ganhou a liberdade inserida nos textos constitucionais dos chamados países democráticos. Na verdade foi a autonomia da vontade uma grande força propulsora das relações negociais e sofreu evolução conforme ensina Francisco Amaral influência dos glosadores, da escola do direito natural, da teoria do contrato social de Rousseau e de Kant que informava que a partir da autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a ser imperativo categórico da ordem moral.

Na autonomia privada havia um rigor excessivo sobre o *pacta sunt servanda*, quer determinava que os pactos sempre deviam ser respeitados e não havia limites metajurídicos para o objeto dos contratos, ou seja, era possível se negociar sobre tudo, inclusive sobre a própria vida e dignidade humana.

Na autonomia privada, por outro lado, rege-se também pelo *rebus sic stantibus* (a possibilidade de descumprir contratos em razão de circunstâncias justificadoras inesperadas) e os limites constitucionais do objeto contratado, em especial nas relações de consumo e trabalhistas em

proteção aos hipossuficientes (é o chamado dirigismo contratual ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Segundo a definição de dignidade da pessoa humana de Ingo Sarlet:

“(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2014, p. 34).

Neste contexto, a autonomia privada no âmbito do direito sucessório é exercida justamente no testamento e consiste no poder dado aos particulares para regular a disposição do seu patrimônio para depois de sua morte, evidente que tal prerrogativa não é absoluta, pois não se pode, por exemplo, testar em benefício de uma organização criminosa (por mais que fosse a vontade do testador).

A autonomia privada é uma liberdade mitigada consciente e hoje é um dos principais fundamentos do direito privado, inclusive o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal aponta que a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua o alcance desse

princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Porém, em termos de direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana não se encontra fundamento para restringir a autonomia privada do testador em face da existência de herdeiros necessários maiores e capazes financeiramente, conforme abaixo melhor trabalhado.

5 A CRÍTICA METAJURÍDICA A RESTRIÇÃO IMPOSTA PELA LEGÍTIMA

Ante toda a exposição até aqui, finalmente adentraremos no cerne deste artigo e na crítica principal após todo o desenvolvimento teórico até aqui: a necessidade de repensar a restrição da legítima em face da autonomia privada do testador.

5.1 REPENSANDO O INSTITUTO DA LEGÍTIMA: UM ESTUDO CASUÍSTICO

Nesta conjectura surgem algumas reflexões imprescindíveis, consoante abaixo arquitetado.

Imaginemos a seguinte situação fática: um pai de família aposentado pertencente a classe média está quase falecendo e tem como patrimônio um carro, uma casa de 180m² e uma conta poupança com R\$ 30.000,00 depositados. Este pai tem uma esposa professora universitária que percebe mensalmente R\$ 8.000,00 e possui bens próprios e dois filhos, um deles servidor público na área jurídica com subsídio mensal de R\$

14.000,00 e residência própria e o outro recém-formado em medicina já possui rendimentos mensais no importe de R\$ 22.000,00 e carro próprio.

Neste caso, não há (dogmaticamente) como o pai de família dispor de todo o seu patrimônio em testamento, mas apenas de metade por existir herdeiros necessários.

Logo se o pai de família, do nosso exemplo, quisesse deixar em testamento todo o patrimônio para uma fundação beneficente de crianças abandonadas, para a organização não-governamental Médicos Sem Fronteiras ou *Greenpeace*, não haveria meio legal para tanto.

Também não poderia dispor de tudo em favor de um irmão carente e adoecido por quem tecia muito carinho ou da empregada ou enfermeira que o acompanhou nos últimos momentos da vida.

A razão de ser da legítima, como vimos, é a proteção financeira da família que não pode ficar desamparada economicamente.

Todavia, neste caso concreto apresentado, verificamos que a razão de ser da legítima nem sempre tem aplicação, pois todos os herdeiros são maiores, capazes e possuem renda mais do que suficiente para uma vida digna e economicamente equilibrada - assim a legítima não se justificaria.

A grande celeuma da legítima então é que ela cria uma presunção absoluta de necessidade que nem sempre está presente na realidade, trata-se de uma ficção, pois nem sempre

a família precisa ser “protegida” e essa proteção não necessita ser, obrigatoriamente, patrimonial.

5.2 CAMINHOS METAJURÍDICOS PARA A RELATIVIZAÇÃO DA RESTRIÇÃO IMPOSTA AO TESTAMENTO

Faz-se necessário refletir sobre o panorama dogmático através de uma reflexão metajurídica que não fique presa aos ditames legais, mas que, ao contrário, questione o fundamento legislativo e o texto seco da lei.

Metajuridicamente falando, portanto, a restrição da autonomia privada do testador em qualquer hipótese que haja herdeiro necessário é um absurdo jurídico que tolhe a liberdade de celebração de negócios jurídicos, inclusive com finalidade altruística que realizaria a função social da propriedade e da justiça distributiva.

Em outros países a possibilidade de testar sobre a integralidade do acervo hereditário é perfeitamente possível, salvo certas ressalvas concernentes a pensão alimentícia devida ao filho incapaz, conforme ensina Poletto (2013, p. 158) citando o Código Civil Mexicano:

[...] o código civil mexicano, em seu art. 1374 impõe como única obrigação ao testador uma pensão alimentícia ao consorte ou companheiro e a certos parentes consanguíneos, no que é acompanhado pelas principais legislações na América Central, como por exemplo o Código Civil de Honduras, art. 1147.26.

No direito anglo-saxônico do *common law* a liberdade para testar é praticamente absoluta, nas palavras de Carminate (2011, p. 88):

Ao contrário do que ocorre com a maioria dos países cujo direito provém da tradição romano-germânica, o direito anglosaxão, que rege os Estados Unidos e a Inglaterra, consagra a ampla liberdade de testar. Segundo Enneccerus-Kipp, isto se deve ao fato de o direito inglês não conhecer “la institución de herederos, sino sólo de legados”. (apud LAFUENTE, 1956, p. 103) Assim, prevalece nestes países o poder de o indivíduo autorregular a transmissão de seu patrimônio para depois da sua morte, sem interferência estatal.⁴⁴ Salienta-se, por oportuno, que pelo fato de cada um dos estados dos Estados Unidos possuir seu próprio direito privado, é possível que algum deles restrinja a liberdade de testar, sendo esta a predominante naquele país como um todo.

Nevares (2014), em observação muito precisa, sugere que invés da presunção *jure et de jure* da legítima na limitação da autonomia privada do testador, faria muito mais sentido apenas algumas restrições específicas referentes a situações delimitadas legalmente, como no caso de herdeiros incapazes (ou estudantes) e idosos, por necessitarem de um maior amparo material, buscando-se dessa maneira “concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do

testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar”.

Esta singularidade do herdeiro é a chave para se repensar a limitação imposta pela legítima em face da liberdade do testador. Acrescento mais algumas situações idiossincráticas ilustrativas que autorizariam a legítima, como no caso de herdeiros deficientes físicos ou mentais e nas hipóteses do herdeiro constar como dependente tributário no imposto de renda do *de cuius*.

Há injustiças metajurídicas até mesmo dentro da ordem legal da sucessão legítima. Na prudente crítica de Carminate (2011, p. 37), “na ordem vigente, um filho deficiente mental e um filho juiz de direito concorrem em igualdade de condições na herança de seu pai”, assim também um “ascendente enfermo, com aposentadoria mensal no valor de um salário mínimo, recebe quinhão hereditário idêntico ao deferido ao outro, saudável, com aposentadoria fixada em dez salários mínimos mensais” e conclui:

Por conta da igualdade formal estabelecida entre herdeiros de uma mesma classe, um pai que criou o filho desde criança, e a mãe que o abandonou, herdarão em igualdade de condições, sendo que entre autor da herança e esta última inexistia qualquer vínculo afetivo-familiar, evidenciando-se a distância entre a finalidade da ordem de vocação hereditária e sua efetivação

Outro absurdo jurídico, com fundamento no direito de representação (art. 1.851 à 1.856 do Código Civil Brasileiro), é o fato de que se o representante fora deserdado ou é indigno na sucessão do pai, mas não é indigno de suceder, ou fora deserdado, por seu avô, ele poderá recolher a herança deixada pelo avô, representando seu pai pré-morto.

Ademais as regras da legítima não se atentam ao abandono afetivo que pode existir entre parentes consanguíneos próximos o que também gera uma injustiça metajurídica, pois aquele filho que sempre foi indiferente e nunca deu apoio afetivo, imaterial e emocional ao pai herdará com mesmos direitos daquele que sempre esteve ao lado do genitor e teceu sentimentos paterno-filiais mais profundos – pois o abandono emocional sequer é causa de indignidade ou deserdação.

Portanto essa suposta “gradação sentimental de afinidade” que justifica a sucessão legítima, bem como a própria existência da legítima que restringe a autonomia privada do testador, cuja origem encontra-se em documentos legislativo fossilizados (desde o código babilônico de Hamurabi até às normas português visigóticas), não possuem mais espaço nas novas configurações principiológicas do direito civil constitucionalizado.

Torna-se prioritário, portanto, repensar metajuridicamente o direito sucessório em um novo enfoque principiológico para além da fisionomia meramente patrimonialista, sobretudo em tempos de afetividade e arranjos familiares tentaculares no direito das famílias – podendo-se

falar, com base autonomia do testador, em uma verdadeira função social da sucessão.

A família afetiva tentacular (ou mosaico) nos dizeres de Maria Rita Kehl⁶ representa uma família hiper-ramificada que constitui uma:

[...] confusa árvore genealógica da família tentacular, irmãos não consanguíneos convivem com “padrastos” ou “madrastas” (na falta de termos melhores), às vezes já de uma segunda ou terceira união de um de seus pais, acumulando vínculos profundos com pessoas que não fazem parte do núcleo original de suas vidas.

Logo as regras legais baseadas em um “tronco de ancestralidade” imutável, formalista e estático não possuem mais fundamento em um Estado Democrático de Direito que assegura a todos o poder de autodeterminação das próprias escolhas e do planejamento familiar e econômicos.

A autonomia privada, neste contexto, só pode ser restringida em casos excepcionais reconhecidos judicialmente com observância do contraditório e da ampla defesa.

Portanto na sociedade contemporânea a autonomia privada deve prevalecer sobre a legítima em razão do novo contexto histórico em que vivemos, pois, os motivos levados em conta nas sociedades passadas (agrárias e patriarcais) para a restrição da legítima não mais existem, pois nem sempre haverá necessidade financeira por parte da família que obrigue a

⁶ Disponível em: << <http://www.fronteiras.com/artigos/maria-rita-kehl-em-defesa-da-familia-tentacular> >>. Acesso em 330/10/2016.

transferência do acervo patrimonial do *de cuius* aos herdeiros necessários.

Sobretudo em face da evolução jurídica do direito previdenciário este apresenta-se como verdadeiro instrumento protetivo para fins financeiros em razão do óbito por meio da pensão por morte prevista no art. 74 da Lei nº 8.213/91 – cuja finalidade é justamente acautelar o custeio das despesas dos dependentes econômicos do falecido.

Nas palavras de Nevile Gepp (2009, p. 45) acerca da função tutelar financeira da pensão por morte:

Ao tratarmos da seguridade social, afirmamos que ela é um instrumento utilizado pelo constituinte pátrio para eliminar as graves situações criadas pela questão social. Entre os problemas sociais a contingência morte acarreta uma quebra súbita e irreversível da renda dos familiares que dependiam economicamente do falecido. Assim o escopo do benefício previdenciário pensão por morte é tutela à família compensando os familiares da perda de rendimentos do trabalho do segurado falecido.

Por fim, a própria lei civil prevê o instituto do direito real de habitação no art. 1.831 (BRASIL, 2.002): “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Tal instituto também se afigura como idôneo para proteção patrimonial da família caso seja necessário tal proteção.

CONCLUSÃO

Ante toda a ampla discussão argumentativa desenvolvida nas linhas acima a conclusão que se pode chegar é visível: é necessária uma revisão legislativa do instituto da legítima codificado no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao art. 1.857, §1º (BRASIL, 2002).

Isto porque não há mais motivos determinantes que autorizem a indisponibilidade de metade do patrimônio do autor da herança em face da existência de herdeiros necessários, pois (i) a presunção de necessidade destes herdeiros não pode configurar uma presunção absoluta, visto que muitas vezes a condição financeira dos filhos supera a dos genitores, (ii) o direito oferece outros instrumentos protetivos para o custeio financeiro das necessidades vitais da família, como o direito previdenciário à pensão por morte e o próprio direito de habitação.

Porém esta atualização legislativa não deve promover a extinção absoluta da legítima, ao contrário, observando o direito comparado, a nova lei de prever hipóteses casuísticas que permitam a restrição da legítima em face da autonomia privada do testador, tal como ocorre com filhos menores incapazes ou cônjuge idoso enfermo.

Posto que o direito testamentário das sucessões também possui uma função social e o arcaico instituto da legítima e da vocação hereditária (de referência histórica romana e visigótica) não tem mais espaço nas novas concepções jurídicas contemporâneas.

Desta forma o direito civil constitucionalizado efetivaria o princípio da proteção integral da família sem, contudo, intervir de forma demasiada na vida privada das pessoas (direito civil mínimo), respeitando-se, desta maneira, a autonomia privada do autor do testamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURNS, Edward McNall. **História da civilização universal**. Porto Alegre: Editora Globo, 1974.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo**. Belo Horizonte, 2011. 154f. Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LAFUENTE, Francisco Espinar. **La herencia legal y el testamento**. Barcelona: Bosch, 1956.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. Vol 7. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.17.

GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil**: volume 9. Max Limonad: 1956.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo> Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva,1994.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorionecessidade-de-revisao/14753>> Acesso em 12 dez 2014.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserção**. São Paulo: Saraiva 2013.

PINTO, Maria do Céu Pitanga. **A dimensão constitucional do direito de herança: aspectos processuais do inventário e partilha**. Vitória: Faculdades de Vitória – FDV, 2006 .

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade**. Revista de Informação Legislativa: n] 163, Brasília, 2004.

LEITE, Gisele. Autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em nov 2016.

SÂ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2005.

Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2013.

A REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES E O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS

Raphael Furtado Carminate¹

RESUMO:

Por força de imposição legal estabelecida no inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, o regime de bens do casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos obrigatoriamente será o da separação de bens. O texto analisa se tal obrigatoriedade permanece após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ao promover a autonomia da pessoa com deficiência permite que a mesma se case e escolha o regime de bens de seu casamento sem qualquer imposição legal.

Palavras-chave: Idoso. Separação obrigatória. Casamento. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), promoveu alterações legislativas em diferentes áreas, dentre elas a revisão da teoria das incapacidades, modificando as redações dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a fim de se excluir a deficiência como causa pura e simples de incapacidade para a prática dos atos da vida civil.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor de Direito Civil da UNIPAC – Unidades de Mariana e Itabirito. Advogado.

A fim de se alcançar seus objetivos, o Estatuto possibilitou à pessoa com deficiência casar ou constituir união estável, estabelecendo que a deficiência não afetará a plena capacidade civil para a constituição de família, pois desde sua entrada em vigor a curatela está circunscrita a atos de cunho patrimonial e negocial.

O Estatuto permitiu que as pessoas com deficiência se casem, e não apresentou nenhuma restrição no que tange à possibilidade de determinação dos efeitos patrimoniais do casamento. Assim, os deficientes, ao casar, podem escolher algum dos regimes matrimoniais previstos no Código Civil, ou criar regime próprio, como é permitido às pessoas não deficientes, exceto para as maiores de 70 (setenta) anos.

De acordo com o inciso II, do art. 1.641 do Código Civil, as pessoas idosas maiores de 70 (setenta) anos, caso queiram se casar, não poderão determinar livremente os efeitos patrimoniais de seu casamento, devendo adotar o regime de separação obrigatória.

Assim, a autonomia privada da pessoa maior de 70 (setenta) anos, no que tange ao casamento, se resume à possibilidade de contrair matrimônio, ou não. Caso opte por se casar, ao idoso é vedado exercer o direito de escolher o regime de bens de seu casamento, estando sua autonomia limitada neste sentido.

O texto em comento tem por objeto a análise da legalidade/constitucionalidade da obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens no casamento contraído por

pessoa idosa maior de 70 (setenta) anos, diante da impossibilidade de tal imposição nos casamentos contraídos por pessoas com deficiência, ainda que desprovidas de pleno discernimento.

Para tanto, será feita uma exposição acerca do regime de bens do casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos, apontando-se as críticas ao inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, tradicionalmente apresentadas pela doutrina, bem como o entendimento jurisprudencial acerca do assunto.

Após, apresenta-se a revisão da teoria das incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e suas consequências específicas no concernente à capacidade de contrair matrimônio.

Em seguida, será demonstrado que após a revisão da teoria das incapacidades, não é mais possível a imposição do regime de separação de bens nos casamentos contraídos pelas pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

2. REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

O casamento, que até a promulgação da Constituição de 1988 era a única espécie de família reconhecida pela legislação brasileira, produz inúmeros efeitos, de diversas naturezas, dentre eles os de cunho religioso, moral, sociológico, afetivo e jurídico.

Os efeitos jurídicos do casamento são agrupados pela doutrina em três categorias, quais sejam: sociais, pessoais e patrimoniais. Os efeitos sociais seriam a própria constituição da família matrimonial; a presunção legal de serem do marido os filhos nascidos da mulher casada, conforme art. 1.597 do Código Civil; a emancipação do cônjuge menor de idade, e a alteração do estado civil daqueles que contraíram matrimônio.

Por sua vez, os efeitos pessoais seriam, principalmente, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, independentemente do gênero, além daqueles arrolados no art. 1.566 do Código Civil, que carecem de legitimidade por implicarem em indevida interferência do Estado na autonomia privada das pessoas casadas.

Finalmente, os efeitos patrimoniais são submetidos às regras de um regime de bens livremente escolhido pelo casal, por meio de pacto antenupcial, ou imposto por lei. O Código Civil vigente tipifica quatro regimes de bens, quais sejam: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens.

Esta tipificação é meramente exemplificativa, podendo os nubentes, por meio de pacto antenupcial, estabelecer as regras patrimoniais de seu casamento criando regime distinto daqueles previstos no Código Civil, desde que não contrariem disposição absoluta de lei, como prevê o art. 1.655 do mesmo diploma legal.

Todavia, em alguns casos, a lei não permite que os nubentes exerçam a autonomia privada e livremente escolham

os efeitos patrimoniais de seu matrimônio, devendo obrigatoriamente adotar o regime da separação. Por tal razão, a doutrina denomina o regime de bens, nestes casos, de separação legal, obrigatória, ou cogente.

O art. 1.641 do Código Civil estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Para o artigo em comento, interessa a hipótese prevista no inciso II, do art. 1.641 do Código Civil, que impede que as pessoas maiores de 70 (setenta) anos livremente determinem os efeitos patrimoniais de suas relações conjugais.

Esta hipótese de obrigatoriedade de separação de bens, que até a entrada em vigor da Lei n. 12.344/2010 vigia para as pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, e também estava prevista no Código Civil de 1916, é justificada por seus defensores, como Pontes de Miranda

para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum.²

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 219.

Como explica Flávio Tartuce, “o inciso II do art. 1.641 do CC visa, supostamente, à tutela do idoso, potencial vítima de um *golpe do baú*, em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções”.³

Verifica-se que o legislador, neste caso, presumiu ser o maior de 70 (setenta) anos um indivíduo incapaz de discernir entre relacionamentos baseados em interesses afetivos, de outros que visam apenas interesses patrimoniais. Assim, deveriam os idosos maiores de 70 (setenta) anos serem protegidos de pessoas que buscassem com eles se relacionar com a finalidade estritamente patrimonial, por meio da proibição da escolha de regime de bens. Ora, neste aspecto, um questionamento que surge é: quem tem pleno discernimento para distinguir se há interesses patrimoniais por detrás de um relacionamento, seja entre jovens, adultos ou idosos?

Como destacado por Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, com bastante clareza, ao instituir a separação obrigatória de bens para os maiores de 70 (setenta) anos, “o legislador partiu da discutível premissa de que a pessoa idosa não é capaz de inspirar amor”.⁴

A separação obrigatória para os maiores de 70 (setenta) anos é alvo de críticas da doutrina majoritária do Brasil, que aponta diversos argumentos contrários à constitucionalidade do referido dispositivo.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de Família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 142.

⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 23.

Carolina Lopes Cançado Campos e Maria Goreth Macedo Valadares, por exemplo, afirmam que tal é inconstitucional por violar a autonomia privada pois

Se o maior de 60 anos é capaz para a prática de todos os demais atos da vida civil, a vedação da liberdade de escolha do regime de bens não apresenta fundo protetivo ao indivíduo, mas, sim, discriminatório, sendo uma ofensa à liberdade e uma limitação à autonomia privada, imposta exclusivamente em razão da idade.⁵

Por sua vez, Maria Berenice Dias aponta haver violação ao Estatuto do Idoso, pois tal norma constituiria verdadeira sanção, ao implicar em presunção absoluta de incapacidade mental para escolher o regime de bens.⁶

César Fiuza é enfático, ao afirmar o seguinte:

A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais,

⁵ CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. A autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos. p. 123

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 325.

o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada. A esse respeito, o Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, defende que, havendo união estável anterior ao casamento, o maior de 70 anos não estará obrigado ao regime da separação obrigatória de bens. Não deixa de ser uma atenuante, apesar de, a meu ver, a norma ser mesmo ilegítima e inconstitucional, por discriminar as pessoas em razão da idade, sem qualquer base racional.⁷

Além disso, os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, se posicionaram pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, através do Enunciado n. 125, propondo sua revogação, sob a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção

⁷ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo (livro eletrônico). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 763.

absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Contudo, apesar de ser amplamente majoritário o entendimento doutrinário supra destacado, como não há inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1.641 do Código Civil declarada pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que os Tribunais de Justiça dos Estados ainda possuem diversos julgados em que se aplica a obrigatoriedade da separação de bens para os maiores de 70 (setenta) anos.

Neste sentido, a título de exemplo, o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. NUBENTE MAIOR DE 60 ANOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 258, § ÚNICO, II, DO CC DE 1916 PELA CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CC. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 97 DA CR/88. 1. É necessário que a Corte Superior se pronuncie sobre a não recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela CR/88, bem como sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, de forma que somente após este precedente o órgão fracionário possa declará-la, diante da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da

Constituição da República. 2. Suscitar relevância da questão.⁸

Também se conferindo aplicabilidade ao inciso II, do art. 1.641 do Código Civil, o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. NUBENTE VARÃO MAIOR DE 60 ANOS À ÉPOCA DO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão com mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2008). 2. Além do que, a possibilidade de alteração do regime de bens entre os cônjuges, positivada no artigo 1.639, § 2º, do CC, somente pode se dar quando as partes efetivamente puderem optar por um dos regimes existentes. Os apelantes requerem a alteração de regime de bens obrigatório para a de separação parcial. Ocorre que, in casu, não há essa faculdade, pois admitir alteração posterior, seria uma forma de burlar a vedação legal contida no art. 1.641, CCB. 3. Recurso conhecido, mas improvido.⁹

Observa-se, desta forma, que não obstante haver certo consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade do inciso

⁸ TJMG. 8ª Câmara Cível. Apelação cível n. 6497335-28.2009.8.13.0702. Rel. Des. Vieira de Brito. DJe 18.11.2010.

⁹ TJCE. 5ª Câmara Cível. Apelação n. 676-75.2009.8.06.0167. Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota. DJCE 19.08.2011.

II, do art. 1.641 do Código Civil, tal entendimento não fora efetivamente acolhido pela jurisprudência, sendo comum se deparar com julgados em que o referido dispositivo é aplicado, diante da inexistência de manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da referida violação ao texto constitucional.

Tal controvérsia no âmbito jurisprudencial acaba por gerar insegurança jurídica e a submeter a situação do maior de 70 (setenta) anos que pretende se casar ao “acaso”, dependendo o mesmo de provocar o Judiciário e contar com a “sorte” de eventual recurso ser apreciado por Câmara que adote posicionamento correspondente ao entendimento doutrinário majoritário.

3. REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.146/2015

A Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, fora promulgada com a finalidade de se implementar os objetivos e fundamentos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, no ano de 2007, e subscrita pelo Brasil.

Esta Convenção ingressou no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008, que fora aprovado com quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, como preceitua o §3º, do art. 5º, da Constituição, e fora ratificada e promulgada

por meio do Decreto Presidencial n. 6.949/2009, razão pela qual esta convenção possui o *status* de norma constitucional.

O principal propósito da referida norma, como estabelecido em seu artigo primeiro, é a inclusão da pessoa com deficiência, como se vê:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Para que se atinja os objetivos da Convenção, é fundamental a supressão de todos os obstáculos que limitam o exercício das liberdades fundamentais e dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, sendo alguns desses impedimentos de natureza jurídica.

Assim sendo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre outras questões, promoveu uma revisão na teoria das incapacidades, a fim de se privilegiar e efetivamente reconhecer a autonomia privada das pessoas com deficiência.

Deste modo, o art. 114 do Estatuto promoveu diversas alterações no Código Civil como, por exemplo, em seus artigos 3º e 4º, que passaram a ter as seguintes redações:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Ao revogar expressamente os incisos I, II e III do art. 3º do Código Civil, o Estatuto asseverou não ser a deficiência, de qualquer natureza, elemento apto a infirmar a capacidade absoluta da pessoa humana. Assim sendo, após a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, apenas os menores de 16 (dezesseis) anos são absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

A redação dos incisos II e III, do art. 4º do Código Civil também foi alterada pelo Estatuto, evidenciando-se não ser a deficiência, por si só, sequer um critério hábil para se relativizar a capacidade da pessoa.

Esta revisão da teoria das incapacidades, como afirmado por Iara Antunes de Souza, “exalta o discernimento e aniquila o modelo que pregava a doença como causa de incapacidade”.¹⁰

Assim, aquelas pessoas com impedimentos de ordem duradoura também têm direito à autonomia, em igualdade de condições com as demais. Em virtude de sua condição humana também precisam realizar a sua personalidade sem o que a sua dignidade seja malferida (art. 10 da Lei n. 13.146/2015).¹¹

O Estatuto reconheceu, portanto, efeitos à autonomia da pessoa com deficiência, excluindo do ordenamento jurídico pátrio qualquer possibilidade de limitação da capacidade da pessoa em virtude de presunções.

A diminuição da capacidade depende, desde a entrada em vigor da norma em comento, de comprovação, por meio de devido processo legal, e através de avaliação realizada por

¹⁰ SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito. In. Anais do Congresso Nacional do CONPEDI. Biodireito e direitos dos animais II. Coordenadores: ZANITELLI, Leandro Martins; DA SILVA, Mônica Neves Aguiar; TAVARES, Silvana Beline. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 24.

¹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de acesso. 15/05/2016. p. 14/15.

equipe multidisciplinar (art. 753, §3º, CPC), de comprometimento do discernimento nas hipóteses descritas no art. 4º do Código Civil.

Como salienta César Fiuza

Nem todo deficiente será relativamente incapaz, muito antes pelo contrário. Por conseguinte, a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (médicos, psicólogos, psiquiatras, fisioterapeutas, dentre outros), que deverá considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; as limitações no desempenho de atividades; e as restrições de participação na vida civil, evidentemente. Só depois dessa avaliação minuciosa, o juiz, ouvido o Ministério Público, poderá interditar o deficiente.¹²

Havendo prejuízo do discernimento da pessoa, o próprio deficiente poderá se valer do processo de tomada de decisão apoiada, também instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que inseriu o art. 1.783-A, e respectivos parágrafos, à redação do Código Civil.

O Estatuto, também afirmando a autonomia das pessoas com deficiência, promoveu uma revisão no instituto da curatela,

¹² FIUZA, César. Direito Civil: curso completo (livro eletrônico). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

estabelecendo, dentre outras novidades, a legitimação do próprio deficiente para a promoção de sua curatela.

Além disso, a Lei n. 13.146/2015 estabeleceu que a curatela é medida extraordinária e proporcional à perda de discernimento, devendo durar o menor tempo possível. Cada caso ser avaliado concretamente, de modo a não se privar o deficiente da prática de atos por ele compreendidos, o que implicaria em indevida violação de sua autonomia privada, como ocorria antes da entrada em vigor do Estatuto com a interdição total, que tinha natureza de verdadeira “morte civil”.

De acordo com o Estatuto, todas as decisões sobre questões de caráter extrapatrimonial deverão ser tomadas pelo próprio deficiente, ainda que submetido à curatela, eis que outra novidade por ele instituída é o fato de a curatela se restringir a atos de natureza patrimonial e negocial.

Neste sentido, foi promovida uma alteração na redação do art. 1.550 do Código Civil, a fim de se inserir um parágrafo ao mesmo, assegurando-se à pessoa com deficiência a plena capacidade para contrair matrimônio, em conformidade com o disposto no inciso I, do art. 6º, do Estatuto, que estabelece que a deficiência não afetará a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para “casar-se e constituir união estável”.

Um questionamento surgido a partir do reconhecimento da plena capacidade matrimonial das pessoas com deficiência é se estas pessoas estariam sujeitas ao regime de separação obrigatória previsto no art. 1.641 do Código Civil.

A resposta a este questionamento, de certa forma, é bastante simples uma vez que como o artigo supra mencionado restringe direitos, no caso limita a autonomia privada dos nubentes no que tange à escolha do regime de bens do casamento, o mesmo não comportaria interpretação extensiva. Neste sentido, o posicionamento de Joyceane Bezerra de Menezes:

De princípio, já se pode responder que essas pessoas não sofrerão a imposição do art.1.641, quanto à sujeição obrigatória do regime de separação obrigatória (art.1641). Enquanto norma restritiva de direito, esse dispositivo não pode sofrer uma interpretação extensiva. Se as pessoas têm direito ao casamento, sem a assistência do curador, não precisarão de sua intervenção quando decidirem optar pela comunhão parcial de bens. Todo casamento, obrigatoriamente seguirá um regime de bens. Na falta de opção por regime especial por meio de escritura pública e não havendo a imposição legal do regime sanção, o regime aplicável será o da comunhão parcial de bens.¹³

Deste modo, resta inequívoca a capacidade das pessoas com deficiência para contrair matrimônio e livremente optar pelo regime de bens do seu casamento, uma vez que a curatela está adstrita a questões de caráter patrimonial e negocial.

¹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de acesso. 15/05/2016. p. 21.

4. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCISO II, DO ART. 1641, DO CÓDIGO CIVIL, APÓS A REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Como destacado anteriormente, a imposição do regime de separação de bens para as pessoas maiores de 70 (setenta) anos é alvo de sérias críticas por parte da doutrina majoritária, que defende a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, diante da violação à autonomia privada do idoso, discriminando tais pessoas em razão da idade, diminuindo sua capacidade, sem nenhuma justificativa plausível.

Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá acertadamente asseveram que

Em se tratando de pessoas idosas, a recodificação do Direito Privado Nacional não se voltou para sua inserção no âmbito familiar, o que é surpreendente diante do crescimento dessa faixa etária na população brasileira. O Código Civil de 2002, que concretiza o princípio da autonomia privada em vários de seus dispositivos, quando se refere ao idoso, inverte a equação para limitar direitos, impondo o regime de separação de bens para as pessoas com idade igual ou superior a 70 anos. O art. 1641, II, CC/02 é o único dispositivo a regular a situação do idoso na família.

Está claro que o legislador ordinário partiu do pressuposto de que o idoso é, necessariamente, vulnerável, ainda quando não se encontre em quaisquer das

situações capituladas nos artigos 3º e 4º do CC/02, que disciplinam o regime das incapacidades.

Ao contrário do tratamento jurídico dado à criança e ao adolescente – que cada vez mais veem reconhecidas possibilidades de opinar e decidir – o idoso se vê ceifado do poder de autodeterminação, ignorando-se o seu discernimento. Aqui, longe de garantir a autonomia privada, o Estado surge para intervir nas relações privadas, sob o pretexto de proteger o indivíduo de si mesmo.¹⁴

Verifica-se que independentemente da capacidade de discernimento do idoso, sua autonomia privada é simplesmente ignorada pelo Estado, que sem qualquer justificativa o impede de livremente optar pelo regime de bens de seu casamento.

O Estado, de forma flagrantemente ilegítima, intervém na autonomia de indivíduo adulto e capaz, presumindo ser o mesmo incapaz, após certa idade, de autodeterminar os efeitos patrimoniais de suas relações amorosas. Tal limitação da autonomia privada é inconstitucional, pois embora seja admissível a imposição de restrição à capacidade de autodeterminação do indivíduo, esta é medida excepcional, justificada apenas quando seu exercício potencialmente produza efeitos na autonomia de terceiros, para reduzir sua capacidade de avaliação, evitando a imposição ou coerção de um determinado interesse sobre outros.

Nenhuma limitação à autonomia privada se justifica

¹⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio sobre a velhice. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 23.

quando se trata de uma interferência com a ação privada não fundada na intersubjetividade, senão em um ideal de bem ou modelo de vida específico. Tais intervenções (que visam concretizar um modo de vida ético conteudístico e majoritário dentro de um grupo, como por exemplo, a proibição da homossexualidade) buscam impor um ideal de bem que pode ser diferente do estabelecido em um plano de vida individual e se revela absolutamente ilegítima tomando-se por base o valor da autonomia, notadamente por sua concretização autofrustrante, visto que somente se realiza com base na coação, sem que se preserve a autonomia de qualquer outro.¹⁵

Contudo, a despeito da evidente inconstitucionalidade da norma em comento, e da consistência dos argumentos apresentados pela doutrina neste sentido, ainda se vê decisões de Tribunais reconhecendo a aplicabilidade do referido dispositivo, em detrimento da autonomia privada das pessoas idosas, maiores de 70 (setenta) anos, sob a justificativa de inexistir inconstitucionalidade declarada em controle concentrado.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao reconhecer a plena capacidade das pessoas com deficiência, possibilitando que as mesmas livremente contraiam matrimônio e estabeleçam

¹⁵ SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151/152.

as consequências patrimoniais de seus casamentos, não as obrigando a adotar qualquer regime de bens, impossibilitou qualquer possibilidade de aplicação da norma contida no inciso II, do art. 1.641, do Código Civil.

Isto porque o Estatuto, ao vedar a imposição de qualquer restrição à autonomia de pessoas desprovidas de pleno discernimento no ato da celebração do casamento, por via oblíqua impede que haja o cerceamento da autonomia de quaisquer outros indivíduos para a prática de atos de igual natureza, especialmente a de indivíduos dotados de pleno discernimento.

Logo, se alguém que tem o discernimento eventualmente prejudicado por uma deficiência mental pode escolher o regime de bens de seu casamento, é forçoso concluir que um indivíduo maior de 70 (setenta) anos, com as faculdades mentais perfeitas, poderá exercer igual direito.

Como assevera Joyceane Bezerra de Menezes

Conquanto o idoso não padeça de qualquer deficiência intelectual ou psíquica, por que se sustentaria essa restrição à sua autonomia? Se as pessoas que têm deficiência psíquica e intelectual não podem sofrer óbice à sua autonomia, sequer pelo tratamento discriminatório dos notários (art.83); também não se sustentará a restrição imposta ao idoso no art.1.641, II, do Código Civil Brasileiro.¹⁶

¹⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <[http://civilistica.com/o-direito-](http://civilistica.com/o-direito-203)

Tal solução é simples aplicação do princípio da isonomia. Se as pessoas deficientes mentais não podem ser obrigadas a se casar sob o regime de separação obrigatória, pessoas não deficientes, dotadas de pleno discernimento, independentemente da idade, não podem ser obrigadas a fazê-lo.

Isto posto, conclui-se que a regra que impõe o regime de separação obrigatória para as pessoas idosas maiores de 70 (setenta) anos é incompatível com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois a nova norma, ao rever o regime das incapacidades, privilegiando a autonomia dos deficientes, a norma acaba por homenagear a autonomia privada de forma geral, não sendo admissível que as pessoas não deficientes tenham possibilidade de autogoverno menor que a conferida àqueles que tem as faculdades mentais comprometidas.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. **A autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do; 5ª Câmara Cível. **Apelação n. 676-75.2009.8.06.0167**. Rel. Des. Francisco

Suenon Bastos Mota. DJCE 19.08.2011. Disponível em www.tjce.jus.br. Acesso em 03.08.2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo (livro eletrônico)**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a velhice**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de acesso. 15/05/2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de., 8ª Câmara Cível. **Apelação cível n. 6497335-28.2009.8.13.0702**. Rel. Des. Vieira de Brito. DJe 18.11.2010. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 04.08.2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2.

SILVA, Denis Franco. **O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Iara Antunes de. **Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito**. In. Anais do Congresso Nacional do CONPEDI. Biodireito e direitos dos animais II. Coordenadores: ZANITELLI, Leandro Martins; DA SILVA, Mônica Neves Aguiar; TAVARES, Silvana Beline. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de Família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NO MUNDO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

Crovymara Elias Batalha¹
Michele Aparecida Gomes Guimarães²

RESUMO:

O artigo em epígrafe aponta o conceito e a evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo, ressaltando influências externas e internas no processo de consolidação de garantias laborais, além da adequação democrática dada com a Constituição da República Brasileira de 1988 ao direito trabalhista. Examina o desenvolvimento das tratativas dadas ao trabalho no decorrer do tempo, com intuito de compreender os valores assimilados pelo Direito, bem como sua dinâmica e relevância para as relações possibilitando um melhor entendimento dos problemas atuais, que nos abre caminhos e possibilidades de um exame mais amplo de conhecimento e de ações.

Palavras-chave: Evolução Histórica; Direito do Trabalho; Brasil; Influências Externas.

INTRODUÇÃO

¹ Mestranda em História; Graduação em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (1986); Graduanda em Direito; Diretora da Superintendência Regional de Ensino de Ouro Preto.

² Mestre em Direito; Professora de Direito da UNIPAC Mariana; Advogada e Consultora Jurídica; Tutora EaD da Universidade Federal de Ouro Preto.

Em apertada síntese, o presente artigo tem por objetivo apresentar algumas nuances do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo a partir de sua evolução histórica e legislativa, buscando apontar fatos mais importantes para o tratamento jurídico do trabalho dado nos dias de hoje.

O Direito do Trabalho é de formação legislativa e relativamente recente. O trabalho, porém, é tão antigo quanto o homem.

Em todo o período antigo da história, o homem primitivo é conduzido direta e amargamente pela necessidade de satisfazer a fome e assegurar sua defesa pessoal. Ele caça, pesca e luta contra o meio físico, contra os animais e contra seus semelhantes. Nesta época não seria “trabalho” como conhecemos atualmente, mas sim a constante luta pela sobrevivência.

Apenas muito tempo depois é que se instalaria o sistema de troca e o regime de utilização, em proveito próprio, do trabalho alheio. O trabalho escravo é a mais expressiva representação do trabalhador na Idade Antiga.

Aos poucos o trabalhador ressurgiu, na superfície da História, com uma característica nova: passou a ser respeitado como “pessoa”, muito embora seus direitos subjetivos fossem muito limitados. Isso porque o Direito do Trabalho é produto da história recente da humanidade, tendo como marco principal a Revolução Industrial e a mecanização do trabalho humano em setores importantes da economia.

Vale mencionar que desde os primórdios vislumbra-se uma preocupação de assegurar por meio de leis e normas a proteção aos direitos paulatinamente conquistados; a composição dos órgãos e os instrumentos para fazê-lo teve inerente influência da cultura de cada país, acompanhando a evolução das formas de trabalho. Cada Estado passou por um processo de adequação às necessidades de empresas e trabalhadores. Uma concepção majoritária é que o trabalhador é a parte mais frágil da relação e como tal deve desfrutar de maior proteção do Estado.

A partir do século XIX, há um desenvolvimento do direito do trabalho, em decorrência dos movimentos operários, somados a pressão dos movimentos internacionais em defesa dos direitos humanos e a atuação da Igreja, sendo a oportunidade esperada pelo Estado para intervir, o que se concretiza na primeira metade do século XX, com o reconhecimento dos direitos sociais e com o Estado de Bem Estar Social.

Nos dias atuais, com a globalização, o capital tem apresentado como solução a flexibilização das relações trabalhistas, bem como a garantir através dele, os direitos mínimos do trabalhador a fim de garantir o princípio da dignidade humana.

Também hodiernamente, vê-se uma tendência de reformas trabalhistas e previdenciárias, *pseudo* flexibilizações que sob justificativa de manutenção das atividades empresárias em tempo de crise e manutenção de postos de trabalhos, por

vezes, podem ser vislumbradas como forma de manutenção das desigualdades entre empregadores e empregados e retrocessos de direitos conquistados ao longo de anos, consoante se passa a explicitar o processo de evolução histórica e legislativa.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O trabalho escravo é a mais expressiva representação da figura do trabalhador na Idade Antiga. Caracterizado pela submissão, sendo uma forma de trabalho, não remunerado e sem carga horária definida. A relação do escravo com seu proprietário era como uma mercadoria e seu dono, não havendo como falar em direito do trabalho nesta época.

Na Idade Média, apesar da existência de maior liberdade ao trabalhador, a relação das corporações com os seus empregados era de forma autoritária visando unicamente, seus interesses e marginalizando a proteção destes.

Franco (2015, p. 56) discorre que existência da Justiça do Trabalho está dentro do advento da Revolução Industrial - século XVIII - este foi o marco de uma série de acontecimentos que, nos anos seguintes, provocaram mudanças profundas e dramáticas em todo o mundo.

No processo de evolução das formas de trabalho, com a substituição da mão de obra por maquinário, ocorreu uma onda de desemprego e com ele redução de salários e condições desumanas de trabalho. Diante de tal situação, os trabalhadores passaram a se organizar a fim de pleitearem

melhores condições de trabalho e salários dignos, devida à necessidade de criação de normas garantidoras, haja vista que até então os conflitos só se resolviam quando uma das partes cedesse.

O Estado passa a legislar a fim de equilibrar juridicamente a diferença econômica entre empregador e empregado. Assim, surge o Direito do Trabalho, com a finalidade de impor limites ao direito de contratar, limitar a autonomia da vontade, a fim de proteger o mais fraco, buscar melhores condições de trabalho, preocupando-se com o trabalho subordinado.

Dessa forma, para cumprir seu objetivo de manter o equilíbrio da relação contratual, o Estado edita normas mínimas acerca das condições ideais de trabalho que devem ser obedecidas tanto pelo empregador quanto para o empregado.

Perante as constantes contendas entre as classes, o Estado passou a ordenar conciliação obrigatória, depois a mediar e por fim a julgar a controvérsia. Surge então, o Direito Processual do Trabalho, que pode ser entendido como instrumento de manifestação do estudo sistematizado das leis que organizam e disciplinam a ação e a jurisdição trabalhista, através do processo, sendo as regras que normatizam os meios e o processo pelo qual, se defende e alcança as garantias contidas no direito material.

Didaticamente podemos dividir em fases históricas o processo de evolução jus laboral, quais sejam:

1ª) Formação - Lei de Peel (*Act Moral and Health*), de 1802, que lançou os fundamentos de um direito novo e mais humano até o Manifesto Comunista de 1848, que serviu de base para resistência e a luta operária;

2ª) Intensificação- de 1848 até 1891(*Encíclica Rerum Novarum*), onde o Direito do Trabalho já existe e começa a se intensificar;

3ª) Consolidação - de 1891 até 1919 (*Tratado de Versalhes*), onde se cristaliza com a busca da paz, o processo de regulamentação do trabalho;

4ª) Aperfeiçoamento - de 1919 até os dias atuais com o Direito do Trabalho tornando-se uma disciplina autônoma.

3. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Muitos autores defendem que a história do Direito do Trabalho no Brasil tem origem na abolição da escravatura, em função do uso da mão de obra escrava, e na imigração de trabalhadores europeus, alguns destes com tradição sindicalista, que passaram a reivindicar medidas de proteção legal.

As primeiras normas começam a surgir no final do século XIX, como é o caso do Decreto nº 1313, de 1891, que regulamenta o trabalho dos menores de 12 a 18 anos. Em 1907, uma lei tratou da sindicalização rural e em 1911, foi criado o primeiro órgão de solução de conflito do trabalho o

Patronato Agrícola, através da Lei nº 1.299-A, de 27 de Dezembro; mais tarde em 1917, foi criado o Departamento Nacional do Trabalho como órgão fiscalizador e informativo do trabalhador.

Em 1922, surge o Tribunal Rural, que acaba funcionando como uma 2ª instância do Patronato Agrícola, ambos no estado de São Paulo.

Em 1930, o presidente Getúlio Vargas cria o Ministério do Trabalho; dois anos depois, os órgãos nacionais de solução dos conflitos e as comissões mistas de conciliação e as juntas de conciliação e julgamento, todos do executivo e de natureza administrativa. Predominava a opção da conciliação, para solucionar o conflito capital-trabalho, em caso de insucesso, sugeria a arbitragem, persistindo, o Estado se retirava do conflito, salvo se fosse uma atividade essencial, onde o ministro do trabalho impunha uma decisão ao conflito.

Em 1939, é criada a Justiça do Trabalho, órgão do executivo, com três instâncias: JCJ (Junta de Conciliação e Julgamento), CRT (Conselho Regional do Trabalho) e CNT (Conselho Nacional do Trabalho), com a figura do vogal.

Em 1943, surge a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) abarcando assunto processual e material. Três anos após, a Justiça do Trabalho alcança *status* de órgão do Poder Judiciário, mantendo-se com três instâncias, com a JCJ, TRT e TST, tendo vogal em todas as instâncias.

Em 1969, em plena ditadura militar, é assinado o Decreto Lei nº 779, que disciplina a atuação da Fazenda

Pública na Justiça do Trabalho. Em 1970, temos a Lei nº 5.584/70, que cria o procedimento sumário (até 2 salários mínimos). Esta lei também prevê assistência judiciária prestada pela entidade sindical.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, alargou-se a competência da Justiça do Trabalho, sendo que em 1989, temos a Lei nº 7.701/89, que compõe a estrutura interna do Tribunal Superior do Trabalho.

Em 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para abarcar as contribuições previdenciárias que decorram de suas decisões. Esta foi regulamentada pela Lei nº 10.035/00, que passou a prever a participação do INSS em todos os processos trabalhistas. Esta sistemática foi alterada pela Lei nº 11.457/07. Esta lei alterou alguns artigos da CLT, que passa a fazer parte do processo trabalhista, assim a União fica com o papel de defender a contribuição previdenciária e o imposto de renda.

Em 2000, a Emenda Constitucional nº 24, extinguiu a figura dos juizes classistas. Com o fim dos classistas acabaram-se as juntas, que viraram varas do trabalho. Neste mesmo ano a Lei nº 9.957/00, criou o procedimento sumaríssimo trabalhista (40 salários mínimos). Tivemos ainda a Lei nº 9.958/00, que criou as comissões de conciliação prévia.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que reformou o Poder Judiciário alterou o art. 114 da Constituição da República de 1988, o que fez dobrar a

competência material trabalhista. No ano seguinte o Tribunal Superior do Trabalho reformula seus enunciados, passando a denominá-los de súmulas.

Hoje a Justiça do Trabalho tem um Tribunal Superior do Trabalho (TST) com 27 ministros e sede em Brasília e mais 24 tribunais regionais.

Após todo esse processo de desenvolvimento e consolidação dos direitos trabalhistas, vê-se no Brasil a discussão de Projetos de Lei que propõe verdadeira reforma trabalhista que pretendem implicar o que chamam de “flexibilização” dos direitos do trabalhador. Todavia, entende-se que, em real verdade, trata-se de supressão de alguns direitos historicamente conquistados em prol da manutenção de lucros exorbitantes por parte de grandes exploradores da mão-de-obra trabalhadora.

4. INFLUÊNCIAS EXTERNAS DO DIREITO DO TRABALHO

Dentre as influências advindas de outros países e que exerceram, de alguma forma, uma certa pressão no sentido de levar o Brasil a elaborar leis trabalhistas e de proteção do trabalhador, sublinhem-se as transformações que ocorriam na Europa como a Constituição de *Weimar* de 1919, a *Carta del Lavoro*, de 1927; e no continente americano como a Constituição Mexicana, de 1917, com uma crescente elaboração legislativa em muitos países. Também foi importante o compromisso internacional assumido pelo nosso país ao

ingressar na Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelo Tratado de Versalhes (1919), propondo-se a observar normas trabalhistas.

Ademais, muita importância teve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que fez previsão importantes em relação aos direitos trabalhistas como limitação razoável do trabalho, férias remuneradas periódicas, além de repouso e lazer.

Grande influência foi oferecida pelo modelo neoliberal, componente em vários países do mundo moderno, pós 2ª Guerra Mundial, onde o Estado deve deixar de interferir nas relações trabalhistas, que seriam reguladas pelas condições econômicas.

5. INFLUÊNCIAS INTERNAS DO DIREITO DO TRABALHO

Os fatores internos mais influentes na formação do Direito do Trabalho no Brasil foram: o movimento operário, o qual participaram imigrantes com inspirações anarquistas, caracterizados por inúmeras greves em fins de 1800 e início de 1900; o surto industrial, efeito da 1ª Guerra Mundial, com a elevação do número de fábricas e de operários; e a política trabalhista de Getúlio Vargas (1930).

Em 1824, a Constituição, seguindo o liberalismo, aboliu as corporações de ofício (art. 179, n. 25), devendo haver liberdade de exercício de profissões.

Observa-se a presença do trabalho escravo, até a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão no Brasil.

A Constituição de 1891 reconheceu a liberdade de associação em seu artigo 72, § 8º, de forma genérica.

A primeira Constituição Brasileira a ter normas específicas de Direito do Trabalho foi a de 1934, como influência do constitucionalismo social.

Já a Constituição de 1937, expressa a intervenção do Estado, com características do sistema corporativista. Foi instituído o sindicato único, vinculado ao Estado, e proibia a greve, vista como recurso antissocial e nocivo à economia.

A existência de diversas leis sobre Direito do Trabalho impôs a necessidade de sua sistematização, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que não é um código propriamente, pois sua principal função foi apenas de reunir as leis trabalhistas existentes.

A Constituição de 1946, reestabeleceu o direito de greve, rompendo, de certa forma, com o corporativismo da Carta de 1937, passando a trazer elenco de direitos trabalhistas superior àquele das Constituições anteriores. Nesta, encontramos a participação dos empregados nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade entre outros.

No plano infraconstitucional, cabe fazer menção, entre outras: à Lei nº 605, de 05 de janeiro de 1949, disposta sobre o repouso semanal remunerado e remuneração de feriados; à Lei

nº 2.757, de 26 de abril de 1956, que dispõe sobre a situação dos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais; à Lei nº 3.207, de 18 de julho de 1957, regulamentando as atividades dos empregados vendedores-viajantes; à Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, que instituiu a gratificação de natal e o décimo terceiro salário.

A Constituição de 1967, manteve os direitos trabalhistas das constituições anteriores e ratificando principalmente a anterior, com as Leis nº 5.859/1972 (trazendo e regulamentando direitos para as empregadas domésticas); a Lei nº 5.889/1973 (trabalhador rural) e a Lei nº 6.019/1974 (regulamentando as atividades do trabalhador temporário). Além dos referidos direitos, essa Constituição passou a prever o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que havia sido criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não alterou os direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1967.

6. A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988 E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

O sistema jurídico brasileiro tradicional sempre teve a prerrogativa de suprimir ou delimitar, substantivamente o espaço aberto à construção jurídica própria pelos grupos sociais. Nesse ponto o Direito do Trabalho, no Brasil, não respondeu, positiva e satisfatoriamente ao problema teórico da equação diferenciação/conflito. Muito menos abriu espaço à

ação criadora do direito autônomo dos grupos sociais e à auto administração dos conflitos intrassocietários.

De fato, no modelo jurídico brasileiro tradicional jamais foi decisivo o papel da negociação coletiva e seus instrumentos de convenção coletiva do trabalho, contrato coletivo e acordo coletivo a par de outros mecanismos de normatização autônoma. Em comparação, enquanto no padrão jus trabalhista democrático dos países centrais há uma hegemonia das formas de autoadministração dos conflitos sociais, na história jus trabalhista brasileira sempre preponderou uma dominância incontestada da sistemática de heteroadministração dos conflitos sociais, fundada no Estado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país, além de inovar diante de todas as Cartas anteriores ao estatuir que todo o poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos diretamente; valorizando formas autônomas de exercício do poder, não apenas através de instrumentos políticos clássicos. Mais à frente, a Constituição confirmará essa intenção, ao acentuar a importância das convenções e acordos coletivos (Artigos. 7º, XXIV, e 8º, VI, CF/88).

Recentemente, houve uma mudança significativa no cenário trabalhista com a Emenda Constitucional nº 72, de 2013, onde foi ampliado o rol de direitos assegurados aos

trabalhadores domésticos, tentando equiparar e trazer direitos igualitários aos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Todavia, em que pese se possa verificar uma série de direitos trabalhistas conquistados ao longo de vasto lapso temporal, tanto no nível mundial quanto no ordenamento jurídico interno, observam-se uma “onda” de propostas de alterações legislativas que pretendem suprimir garantias, aumentar a exploração do trabalhador e, quiçá, abalar a dignidade da classe vulnerável de trabalhadores que mantém a base da economia do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o presente trabalho buscou situar a evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo, enquadrando-a dentro do paradigma da pós-modernidade.

Tradicionalmente trabalho é sinônimo de emprego remunerado. Muitas atividades que se qualificariam como trabalho na definição mais ampla são descritas e vivenciadas como algo que não tem a conotação usual de trabalho. Esta realidade, contudo, vem sofrendo importantes alterações.

A palavra "evolução" acompanha todos os meios existentes na sociedade mundial. Não é por acaso que, frequente e gradativamente, nos deparamos com noticiários informando uma nova descoberta na medicina, nos meios de telecomunicações, na engenharia, na arquitetura, dentre outras áreas.

Da mesma forma, o Direito, como ciência jurídica, apresenta-se em total evolução, devendo se adaptar, inclusive, as mudanças que a própria sociedade encara de tempos em tempos.

O Direito é a ciência que estuda a relação entre os homens, aplicando normas de conduta para um bem estar social. Enquanto houver mais de uma pessoa em um mesmo local, sempre haverá um ou alguns pontos de discordância, o que pode gerar conflitos nos relacionamentos, ao passo que, por vezes acarreta mudanças positivas. Nesse sentido, afirma-se que existindo evolução da sociedade, conseqüentemente deverá haver a evolução do Direito e, assim, do processo como um todo.

O processo de evolução dos direitos trabalhistas teve seu início no trabalho escravo, passando pelas lutas por condições de trabalho, até alcançar o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e sua real tutela pelo Estado. Foram aproximadamente 200 anos de luta, até o reconhecimento universalizado, através da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O Estado ao regulamentar às relações do trabalho desenvolveu e aprimorou ao longo do tempo os mecanismos necessários que protege as normas materiais, tanto sistematizando seus órgãos de proteção, como criando normas instrumentais, visando alcançar a tutela do Estado de forma mais célere e simples.

Neste sentido é de grande valia o estudo histórico do direito do trabalho, sua evolução, para entender os inúmeros avanços que ocorreram e também para avaliar que temos de evoluir mais no sentido de valorizar o ser humano e o trabalho digno. O Direito do Trabalho existe e vem para consolidar e dar sentido social, humano e jurídico na conceituação e valorização do trabalho.

As próximas páginas do histórico dos direitos trabalhistas ficam para trabalhos futuros. Espera-se que todo esse processo de consolidação e de aumento de prerrogativas gradativamente dadas aos trabalhadores não seja completamente desconsiderados pelos legisladores brasileiros, afinal, o labor humano já é um tanto quanto lucrativo para os que dominam os fatores de produção. O bem-estar dos trabalhadores gera bem-estar social com dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 1.299-A, de 27 de Dezembro de 1911. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1911/lei%20n.1.299A,%20de%2027.12.1911.htm>>. Acesso em: 27 set.2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2013.

ESCOLA Judicial. **Histórico da justiça do trabalho**. TJMG. Disponível em:<<http://www.trt3.jus.br/escola/memoria/historico.htm>>. Acesso em 08 out.2015.

FRANCO, Raquel Veras. **Breve Histórico da Justiça e do Direito do Trabalho no Mundo**. Disponível em: <<http://www.amatra14.org.br>>. Acesso em 28 set. 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Método, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

História do Brasil - Resumo. Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/>> Acesso em: 07 out.2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31 ed; São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30 ed. São Paulo: Saraiva , 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. 3ª Ed. São Paulo Editora: LTR, 2013.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquemático**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2015;

FRANQUIA. QUANDO A IDEIA É O SEU PRINCIPAL PRODUTO¹

Israel Quirino²

Michele Aparecida Gomes Guimarães³

RESUMO:

Esse artigo discute a franquia, segmento empresarial consorciado, onde uma ideia consolidada em um negócio ou produto se dispersa em uma rede de empreendedores autônomos, cujo vínculo entre si é um contrato de exploração conjunta de boas práticas, valendo-se de um roteiro previamente construído de sucesso. Parte-se da hipótese de que o êxito do sistema de franchising advém da parceria que reduz os riscos da competitividade e facilita a lucratividade, por meio da qualidade e padronização do atendimento aos clientes. A franquia proporciona a fidelização do consumidor diluindo os custos de popularização e fixação da marca (branding) e da conquista da clientela, que são as despesas mais impactantes da atividade até se atingir o break even (ponto de equilíbrio do negócio). Em uma pesquisa bibliográfica sobre o tema os resultados apontam que na busca pelo sucesso, as organizações necessitam de alternativas que possibilitem a construção de um diferencial competitivo, elaborando estratégias que auxiliem na conquista e fidelização de seus clientes, colocando-as em melhor posição em relação aos demais concorrentes. Ao oferecer, não apenas um produto, mas uma estratégia de exploração de um segmento econômico, as franquias se tornaram um negócio com chances de sucesso para dois lados: o franqueado e o franqueador onde existe a possibilidade de todos ganharem. O primeiro revende produtos, o segundo vende ideias.

¹ ¹ Artigo originalmente publicado na revista Boletim Jurídico em 10/06/2017, passando a fazer parte integrante da 1445ª edição, cuja URL é <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4210>

² Professor de Direito Constitucional da Fupac/Mariana – Mestre em gestão Social Educação e Desenvolvimento Local

³ Professora de Direito Empresarial da Fupac/Mariana – Mestre em Direito

Palavras-chave: *franchising*; direito empresarial; empreendedorismo.

INTRODUÇÃO:

Este trabalho aborda o tema franquias, como modelo de negócio, onde há cessão de uso de marca, *know-how* e vinculação do consumidor a um produto, de maneira a dar à empresa franqueada a expertise necessária para atuar no mercado competitivo atual, minimizando os custos de organização, fidelização de clientes, capacitação de pessoal e *marketing* que são socializados na rede de franqueados, por meio das técnicas exitosas consolidadas pelo franqueador.

De acordo com a Lei Federal 8.955 de 15 de dezembro de 1994 (Lei das Franquias) franquia é uma forma de negócio em parceria, que parte de um modelo operacional pré-estabelecido e que obteve relativo sucesso, a ponto de replicar-se em outros negócios, com transferência de tecnologia, uso de marcas e distribuição em uma rede de produtos e serviços com padronização de qualidade e unicidade de atendimento.

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio

ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (BRASIL, 1994).

Esses tipos de redes sobressaem de certa forma no mercado por adicionarem aos novos empreendimentos a experiência da rede, a conquista do mercado e as ações de *marketing* que tem seus custos diluídos entre os franqueados, reduzindo despesas e ampliando o alcance da divulgação.

As franquias possuem um modelo de negócio a ser seguido, no qual contém estudo de mercado, análise de *layout*, além do *marketing* que é um importante diferencial, distinguindo um perfil do consumidor que se identifica com o modelo, a marca, o negócio.

Segundo a lei brasileira, um negócio se torna uma franquia quando há possibilidade de se replicar em outros negócios autônomos e parelhos, onde o consumidor possa se sentir acolhido como se estivesse na loja original. Não é uma cópia, mas um padrão de negócio que oferece as mesmas qualidades de atendimento, enfim que explora os mesmos valores. Tais “valores” são descritos na Circular de Oferta de Franquia (art. 3º da Lei 8.955/94), um calhamaço de informações que apresenta ao empreendedor uma radiografia completa do negócio.

A lei de propriedade industrial (a respeito de Marcas, Patentes e Desenhos Industriais), a lei de Direitos Autorais (no projeto arquitetônico das lojas, no desenvolvimento de

personagens publicitários, *layouts*, *jingles*, etc), a Lei do *Software*, e outras normas de organização jurídica submetem as franquias a um complexo de normas de regência que devem ser observados e, mais que isso, devem estar claros entre franqueador e franqueados evitando demandas judiciais caras e intermináveis que podem inviabilizar negócios promissores.

A adoção por um modelo de franquia não elimina o risco do empreendimento, mas a experiência do mercado demonstra que reduz significativamente a possibilidade de fracasso.

2. O RISCO DE EMPREENDER:

Ao se dispor a empreender, por consectário lógico da atividade mercantil se busca o lucro: parcela das receitas que supera os custos.

A Economia aponta o lucro como consequência de uma série de ações e estratégias que vão desde o volume de compras (economia de escala em função de melhores condições de negociação com os fornecedores), o planejamento das compras e da circulação das mercadorias (economia de rede, pelo volume de estocagem e tempo de armazenamento dos produtos) e a ampliação do mercado de consumo (vendas), de modo que haja maior circulação de produtos, em uma frenética busca de redução de custos pelo maior volume de negócios, tanto de compras quanto de vendas. As estratégias de gestão de mercadorias se aliam a outras formas de se obter maior valor agregado e aumento do volume de vendas em um menor lapso

de tempo possibilitando maior rapidez de *payback* (retorno do investimento).

Neste percurso há a definição do produto a ser ofertado e seus apelos intrínsecos (qualidade) e extrínsecos (aparência, embalagem, marca, preço, ambiência do local de venda) e o que mais possa ser atrativo aos olhos do consumidor, tudo isso com o menor custo possível de produção, e preços compatíveis com a concorrência, de maneira a preservar a parcela de lucros.

Ao se empreender, há que se considerar a incerteza da clientela quanto a aceitação da novidade, a motivação para o consumo, a abordagem que o novo negócio deve adotar para chegar ao consumidor de modo a promover a circulação do estoques, o manuseio adequado dos produtos, os canais de fornecimento de matéria prima e insumos do negócio, enfim, um elenco de atividades que demandam investimentos, requer despesas com propaganda, o suficiente para divulgar o empreendimento, consolidar e manter a imagem do produto, motivar a adesão e a fidelização do consumidor levando-o a consumir o que se vende (SOUZA e LOURENZANI, 2011)

Diante das incertezas do mercado, algumas questões são postas como desafio aos potenciais empreendedores: o que torna uma empresa competitiva? O que torna a empresa uma atividade rentável? O que torna o seu negócio lucrativo? O que faz o consumidor adquirir, usar e consumir o seu produto?

Muitas serão as respostas que poderiam ser oferecidas a essas perguntas: inovação, qualidade, custo, *marketing*, necessidade, fidelização da clientela... Enfim, para se chegar à

solidez de um negócio rentável há uma gama de investimentos que demandam tempo, dinheiro, *feeling* e *timing* para se constituir a proposta empresarial e uma permanente renovação (inovação) para se consolidar e permanecer. Nada que esteja disponível ou sobrando em um mercado competitivo e cada vez mais seletivo e nada que se construa com a rapidez com que o investimento pleiteia retorno (*payback*).

A permanência do negócio ocorre quando se fixa a marca, o produto ou serviço na mente do comprador, tornando fiel o consumo. A solidez é resultado de um volume exponencial de consumidores em diversas praças, facilitando a dispersão do que é produzido. Esse processo de solidificação da marca (*branding*) é por vezes demorado e demanda pesados investimentos em *marketing*.

3. CONSTRUINDO UM NEGÓCIO POTENCIALMENTE FRANQUEÁVEL:

É crescente o número de empresas que se iniciam como promissoras e fecham as portas antes dos primeiros anos pelos mais diversos motivos. Entre eles, a perda sistemática da clientela, ou a não conquista da fidelidade do público consumidor e a demora do retorno do investimento que acaba por inviabilizar o empreendimento.

Isto pelo fato de que o processo de construir a imagem de um produto que se traduza “indispensável”, uma técnica de exploração de um negócio que se resuma em lucratividade, a

permanência de uma marca de sucesso que traduza para o consumidor um sinônimo de qualidade, e a divulgação do empreendimento de maneira que suas qualidades e apelos de consumo chegue ao conhecimento de um maior número possível de pessoas, requer investimentos e estratégias e mais que isso, tempo e dinheiro.

As ciências gerenciais constroem conceitos de relação do consumidor com o produto ou a marca propondo uma espécie de identidade de mercado que se desenvolve através de estratégias de aproximação do produto com o consumidor (*trade marketing*), o fortalecimento da marca associada ao produto, à qualidade, utilidade e satisfação que proporciona à clientela (*branding*), atividades mercadológicas que nem sempre estão disponíveis aos pequenos empreendedores.

Não por acaso, aqueles que empreendem com ideias inovadoras e que sobrevivem ao mercado e conseguem uma parcela de sucesso podem reunir as experiências em um cabedal de informações técnicas sobre o seu negócio em um patrimônio imaterial que tem valor de mercado, por vezes maior que o produto em si. É o universo das marcas, ícone que traduz ao consumidor mais que a necessidade material do produto, pois resume um conjunto de valores que atende demandas sociais e psicológicas do consumidor, distinções construídas por técnicas de *marketing* e agregadas ao produto de maneira a torná-lo desejável, ou o mais desejado entre todos da sua espécie.

A pergunta motivacional desta pesquisa é como as ideias iniciais de um empreendimento, que naturalmente surgem pequenas em negócios paroquiais, chegam a se tornar redes vultosas, atingindo mercados inimagináveis e movimentando de maneira significativa a economia, em atividades de êxito compartilhado e custos socializados em um grupo de empreendedores?

A resposta nem sempre é objetiva.

Identificada como uma das maiores redes de franquias do Brasil a marca “China in Box”, nasceu de um *insigth* do seu fundador, o odontólogo Robinson Shiba, conforme noticia o informativo em sua página oficial na *internet* (<http://franquiachinainbox.com.br/historia/>) e, de um negócio caseiro, uma experiência familiar, se transformou na maior rede de *delivery* do segmento de comida oriental da América Latina em pouco mais de vinte anos de fundação.

Shiba, com o “China in Box” trouxe ao mercado brasileiro a inovação na forma de *delivery*, com o risco de agradar ao consumidor latino com a proposta da exótica cozinha oriental, mas acabou por conquistar uma importante fatia do mercado de *fast food* concorrendo com as pizzas e sanduiches. Novidade, qualidade, atendimento, *marketing*, enfim, um conjunto de valores agregado à forma criativa de apresentação do produto em embalagem descartável reduzindo o custo de lavagem de pratos, de uso espaço de atendimento, de deslocamento do usuário no trânsito, o tempo de espera, etc.

Um negócio potencialmente franqueável é aquele que adquiriu uma estabilidade mercadológica (produto e marca), rentabilidade aceitável e *know-how* capaz de ser replicado.

As franquias são negócios que nascem no microcosmo dos empreendimentos audazes, que, por se ancorar em uma ideia de sucesso acabam por se firmar no mercado com uma rede de produtos e serviços em padrão de atendimento, socializando os custos de *marketing* e consolidando valores de qualidade e fidelização de clientela que se transfere a outros empreendimentos.

4. O QUE TORNA UM EMPREENDIMENTO UMA FRANQUIA?

Para que um negócio se transforme em uma *franchising* alguns ingredientes são indispensáveis: Ideias inovadoras; *branding* bem sucedido, *know-how* com possibilidade de se replicar em cenários diversos; *trade marketing* com aceitação do consumidor, são valores que se incorporam a um produto ou serviço, tornando o que era um empreendimento localizado uma potencial franquia.

Como um elenco de experiências de sucesso e técnicas de negócio que podem ser transferidas, as franquias diferem dos demais empreendimentos por se apresentar como um plano de negócios já testado em um nicho de mercado consolidado e relações sólidas de confiança firmadas com o consumidor.

Explorar esse acervo de confiabilidade em consórcio com outros empresários pode representar sucesso compartilhado

para os empreendedores, quer seja o detentor da ideia original (franqueador) que passa a ser o usufrutuário de *royalties* quanto ao franqueado que faz uma ponte entre o seu negócio e o êxito já comprovado da proposta, encurtando o caminho do *payback*, já que parte de um *branding* exitoso, socializa o *marketing* com outros franqueados, usufrui do *know-how* transferido, explora o conhecimento da marca e participa da economia de escala na compra de insumos, por exemplo.

Um negócio de sucesso exige, portanto, uma identidade empresarial que se adéque ao comportamento do consumidor, com capacidade de satisfazê-lo em suas necessidades materiais (consumir o produto), mas também em suas carências emocionais, sociais, ambientais, etárias, dentre outras.

É atividade do *marketing* buscar entender esse comportamento do consumidor, de maneira a criar estratégias de abordagem ao apresentar um produto que possa atender o consumidor com comodidade e conferir uma prazerosa sensação de satisfação. O objetivo é tornar o produto ou serviço imprescindível ao consumidor, como complemento de sua identidade, como satisfação de seus anseios materiais, sociais e emocionais e, mais ainda, traduzir tudo isso em uma marca que possa ser lembrada.

Para Vieira (2002, s.p.)

O estudo do comportamento do consumidor é definido como a investigação das atividades diretamente envolvidas em obter, consumir e dispor de produtos e serviços, incluindo os processos decisórios

que antecedem e sucedem estas ações. Na verdade é o estudo do processo vivido pelos indivíduos ao tomarem decisões de empregar seus recursos disponíveis em itens relacionados ao consumo, fazendo assim uma vinculação com os propósitos dos profissionais de *marketing*, que buscam identificar as necessidades e induzir o cliente a consumir o produto.

Neste contexto as variáveis são muitas. A principal delas é definir o grau de satisfação do cliente, o que busca além do produto que consome ou o que espera encontrar no ambiente físico onde irá adquirir o produto. Há um elenco de necessidades outras, além do consumo material do bem de consumo oferecido, que já fora objeto de estudos de diversos doutrinadores, que possibilita a satisfação do cliente. Uma atividade exitosa de marketing agrega ao produto um conceito de valor comercial e, por certo, exige do empreendedor uma parcela significativa de investimento.

5. ADMINISTRANDO UMA IDEIA-NEGÓCIO:

Quando um negócio com capacidade de se replicar, deseja se transformar em franquia, busca-se no mercado empreendedores em potencial que desejem explorar um ponto de vendas com as mesmas características do franqueador e usufruir do seu cabedal de valores mercadológicos. Tais valores devem ser apresentados ao interessado em um documento denominado “Circular de Oferta de Franquia”.

A lei de franquia delimita o alcance da Circular de Oferta de Franquia em quinze itens mínimos, com informações detalhadas sobre a consolidação da marca franqueada, os investimentos iniciais, sustentabilidade do negócio, socialização de *marketing* e *know-how* do empreendimento, entre outras informações capazes de inserir o empreendedor na rede da franquia (art. 3º. da Lei 8.955/1994), de modo a orientar a quem investe quanto a segurança do retorno.

Neste modelo de negócio o franqueador sede a imagem, qualidade e confiabilidade de mercado de seu produto a um ou mais franqueados que terão por sua vez, a obrigação de manter o padrão do segmento e dos Requisitos propostos pelo Franqueador (LEPRE, NASCIMENTO e NUNES, 2017)

A manutenção da qualidade da franquia em seu padrão já conquistado no mercado é assegurada quando se oferece ao franqueado serviços de orientação e supervisão do negócio, treinamento do franqueado e do seu quadro de funcionários, auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia e *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado além de sistemas informatizados de controle de estoques, fluxos de caixa, documentos de acompanhamento de resultados e gerenciamento.

Não se trata apenas de concessão para uso de marca, mas uma transferência de tecnologia de abordagem da clientela, manuseio de produtos, ambiência de negócio e mais que isso, socialização do *marketing* (a parte faz parte do todo) em uma

rede ampla de divulgação, o que convencionamos chamar exploração consorciada da marca.

Desta forma as franquias ampliam as possibilidades de novos negócios, pois se apresentam como uma das maneiras de satisfazer e encantar o cliente em um número amplo de pontos de atendimento, com a mesma presteza e qualidade, e assim mostrar-se como uma empresa sólida, reconhecida por público cada vez maior.

Uma das premissas do sistema de franquias é viabilizar a solidificação de pequenos empreendimentos que, isolados, não teriam garantida sobrevivência, enquanto possibilita a expansão de empresas que conquistaram solidez de suas estruturas comerciais com métodos e técnicas em condições de serem replicados transferindo tecnologia e recursos a outras (LEPRE; NASCIMENTO e NUNES, 2017)

Por evidente a socialização dos custos de viabilidade do negócio possibilita um crescimento rápido e sustentável ao franqueado, em um contexto onde os mercados são muito dinâmicos e competitivos, além de permitir que as pessoas abram seus próprios negócios, apoiadas em metodologias já conhecidas de exploração do segmento.

Franquia tem por definição as estratégias de uma organização com a finalidade de distribuição de seus produtos ou serviços e interação com os mercados, que se transfere aos novos negócios em um sistema de co-operação e desenvolvimento conjunto.

A essência do *franchising* está na parceria, por isso, o sistema tem alcançado elevados índices de aceitação e aprovação. Essa modalidade de desenvolvimento empresarial permite através de um acordo, a utilização de uma marca reconhecida e registrada em nome de terceiro, para a comercialização de produtos e/ou serviços com risco por conta do franqueado que se vale de um *branding* exitoso e do *marketing* de qualidade, em grande escala, a cargo do franqueador.

Lepre, Nascimento e Nunes (2017 p. 254), informam que

de acordo com dados divulgados pelo SEBRAE (2015) o franqueado poderá aproveitar a vantagem competitiva de seu franqueador, que já testou seus produtos e marcas no mercado. Além disso, planejou a sua expansão e é conhecedor do perfil dos clientes. O franqueador também possui informações relevantes com relação ao processo de melhor produzir e/ou vender e às estratégias de seus concorrentes.

A franquia é uma modalidade de parceria na exploração de um ramo de negócio, uma relação jurídica obtida através de um processo de negociação e implementada por meio de um contrato, onde quem detém a marca e as estratégias específicas relacionados à implantação e gestão de algum tipo de negócio (o franqueador) concede a alguém (franqueado), juridicamente, uma licença de exploração independente dessa marca, estando

conectado com a experiência através da prática que o franqueador detém.

A primeira etapa de transformação de um negócio em um empreendimento potencialmente franqueável é o reconhecimento registral da marca, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que passa a se o diferencial do negócio no mercado.

A lei brasileira de propriedade industrial (Lei 9.279/96) define a marca como sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (BRASIL, 1996). Não obstante, o empreendimento franqueado reúne algo mais que a marca, pois se traduz em um conjunto de valores, técnicas e métodos e desenhos industriais (*design*) que também podem ser objeto de registro (art. 95 e seguintes da Lei 9.279/96) e que são transferidos ao franqueado (embalagens, *layout* de lojas, produtos).

Desta forma, os estabelecimentos que utilizam a modalidade de franquia se transformam em pontos de fornecimento de produtos e serviços, desenvolvidos por terceiro, que se vale da unidade franqueada para expansão de seu negócio, mas com regras pré-estabelecidas através de um contrato (BRASIL, 1994).

O franqueador cede a sua marca e estratégias para estabelecimento e o franqueado em troca paga uma taxa por estar usando o nome da franquia, participa financeiramente dos custos de *marketing* e recebe treinamento necessário para replicar o negócio de maneira a manter a qualidade original.

Na fala de Lepre, Nascimento e Nunes (2017.p. 253)

A rede de franquias colabora para que haja um aumento no volume de recursos destinados à publicidade, propaganda, relações-públicas, assessoria de imprensa, promoções e outras atividades relacionadas ao marketing, recursos estes atribuídos ao fundo de publicidade da rede de franqueados.

Nesse contexto, o franqueado por mais que seja dono do negócio, tem sua autonomia relativamente limitada, pois qualquer alteração a ser feita no estabelecimento deve-se comunicar primeiramente ao franqueador e dele recebe supervisão para desenvolvimento da atividade e não tem como divulgar individualmente seus predicados, a não ser como parte de uma rede maior.

O vínculo estabelecido entre franqueador e franqueado é contratual, não obstante, o que assegura a titularidade da marca é o seu registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que pode assegurar também o registro dos formatos específicos de embalagem, do produto e *layout* de lojas (desenho industrial) protegidos pela Lei 9.279/96 e cedidos onerosamente ao franqueado.

É função do franqueador monitorar e dar suporte à gestão das unidades franqueadas para que os padrões definidos sejam mantidos. O franqueado é dono de seu próprio negócio, mas possui grau limitado de autonomia.

Para Coelho (2002 p. 23) o contrato de franquia se apresenta como sendo a junção de dois contratos empresariais: a licença de uso de marca (art. 129 e seguintes da Lei 9.279/96) e a prestação de serviços de organização física e gerencial da empresa, desdobrando-se nos contratos de *engineering*, *management*, e *marketing*.

A primeira, *engineering*, delimita, projeta ou executa o *layout* do estabelecimento do franqueado, em padrão de igualdade as demais lojas da rede.

Em segundo lugar, o *management*, relativo ao treinamento dos funcionários, a cargo do franqueador, bem como a estruturação da administração do negócio, de maneira a oferecer atendimento padronizado ao consumidor, no universo de fidelização da clientela pela qualidade da prestação (COELHO, 2002).

Por fim, o *marketing*, conjunto de estratégias de abordagem da clientela, pertinente às técnicas de colocação dos produtos ou serviços no mercado de consumo mais abrangente, envolvendo estudos de publicidade, vendas promocionais, lançamentos de novos produtos, cuja responsabilidade é do franqueador, com exposição da marca e socialização dos custos (COELHO, 2002).

A exclusividade quando à venda de produtos ou aquisição de insumos do franqueador é matéria suplementar ao contrato de franquia, não sendo condição para a configuração do *franchising*, nos termos do artigo 2º da Lei 8.955/94, posto

que se admite a exclusividade ou a semi-exclusividade na distribuição dos produtos.

Além de marca exclusiva a franquia de formato de negócio requer que a empresa franqueadora tenha um programa formal de treinamento, um manual operacional, incluindo a descrição dos processos, das especificações técnicas e dos padrões de qualidade e uma estrutura que dê apoio operacional ao franqueado e que monitore os padrões de imagem e de serviços da rede. Como contrapartida cabe ao franqueado o pagamento de valores monetários previstos em contrato (VANICE, FÁVERO e LUPPE 2008, p. 61).

Assim, franquia é o contrato qual uma das partes (franqueador) concede, por certo tempo, a outrem (franqueado) o direito de comercializar, com exclusividade ou não, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração (DINIZ, 2002, p. 660).

Através do contrato de franquia, o franqueado se estabelece comercialmente, sem a necessidade de realizar um estudo sobre a viabilidade do empreendimento, relacionado à estrutura administrativa, treinamento de funcionários e *marketing*. Assim, o contrato de franquia une franqueado e franqueador, que concede o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade, sem vínculo de subordinação, mas em um sistema de parceria supervisionada e socialização

de custos, já que franqueado recebe do franqueador toda a assistência técnica, comercial e publicitária necessária, embora explore a atividade por sua conta e risco.

O contrato entre franqueador e franqueado reza que o franqueador tem a definição dos rumos do negócio enquanto o franqueado tem a função na instalação, operação e até mesmo gerir a atividade de sua competência. Sendo assim as atividades se desenvolverão sobre o controle, supervisão, orientação e auxílio do franqueador, a quem o franqueado passa a ter a função de pagar, direta ou indiretamente uma remuneração pela licença concedida (*royalties*) e orientação do negócio no qual foi colocado à sua disposição, enquanto houver o contrato.

A aquisição de uma franquia, embora tenha normalmente mais chances de dar certo do que um negócio independente, não é isenta de riscos. Cabe ao empresário analisar as diferentes oportunidades e optar pela que se apresente mais vantajosa. Por derivar de um sistema de rede, o franqueado precisa ter em mente que sua autonomia de gestão do próprio negócio é limitada, basicamente resumindo-se na responsabilidade pela operação do ponto de venda, zelando pelos padrões de operação e de imagem definidos pelo franqueador. Também precisa assegurar a gestão através de pessoal qualificado e remunerar o franqueador pelo uso do sistema, através dos *royalties* e de outras taxas, o que pode limitar seus ganhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Empreender é sempre um risco. É o exercício de uma atividade que exige do investidor conhecimento do segmento que explora, definição objetiva e segura do produto que pretende comercializar, conquista de mercado e sustentabilidade do negócio.

O sistema de franquias, por si só, não assegura o êxito do empreendedor franqueador ou franqueado. O que define o sucesso é o conjunto de valores construídos em torno do negócio, que possibilite o conhecimento da marca, a confiança no produto, a satisfação da clientela e manutenção de um padrão atendimento que possa ser aferido em outros estabelecimentos da mesma rede.

Uma ideia inovadora, aliada a ferramentas de consolidação da marca, popularização do produto e divulgação do negócio, somando a metodologias adequadas de abordagem do cliente e atendimento, ambiência do local de consumo e manuseio e circulação de insumos pode se transformar em uma potencial franquia, com possibilidade de se replicar em outros sítios.

Ao associar-se ao sucesso de um negócio já consolidado, o novo empreendimento franqueado poderá usufruir do *marketing* em grande escala, mostrando-se em canais de comunicação de massa de maior alcance, ampliando as chances de sucesso.

No mesmo intento, usufruindo de metodologias já reconhecidas de exploração da atividade o novo empreendedor minimiza drasticamente a margem de erro e insucesso, já que desfruta do *branding* exitoso (identidade da marca com o consumidor) o que reduz o tempo de convencimento da clientela, permitindo, com isso um encurtamento dos prazos de *payback* (retorno do investimento).

REFERÊNCIAS:

BRASIL, 1994 Lei Federal 8.955/94. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm> Acesso em 22 maio 2017

BRASIL, 1996. Lei Federal Lei 9.279/96. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em 22 maio 2017

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 3. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2002

DINIZ, Maria Helena Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3. vol. 17. ed. São Paulo: Saraiva,. 2002.

LEPRE, Thais Rubia Ferreira; NASCIMENTO, Ana Carolina de Souza Teles do; NUNES, Gabrielle Pereira. *Franquia e Microfranquia: Vantagens e desvantagens de Se Investir Nestes Modelos de Negócio*. **SADSJ - South American Development Society Journal**. Vol. 03 N°. 07. Ano 2017. Disponível em <<http://www.sadsj.org/index.php/revista/article/view/78/73>> acesso em 23 maio 2017

VANCE Patricia de Salles; FÁVERO Luiz Paulo Lopes; LUPPE Marcos Roberto. *Franquia empresarial: um estudo das características do relacionamento entre franqueadores e*

franqueados no Brasil – RA USP – **Revista de Administração.** ,
São Paulo, v.43, n.1, p.59-71, jan./fev./mar. 2008

VIEIRA, Valter Afonso. *Comportamento do Consumidor* **Revista
de administração contemporânea.**

vol.6 n°.3 Curitiba Set./Dez. 2002 disponível em

<<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552002000300015>>

Acesso em 23 maio 2017

SEBRAE. Franquia: vantagens e desvantagens. 2015.

Disponível em:

<<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/franquia-vantagens-e->

[desvantagens,4be89e665b182410VgnVCM100000b272010aRCRD](http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/franquia-vantagens-e-desvantagens,4be89e665b182410VgnVCM100000b272010aRCRD)>

Acesso em: 12 maio 2017.

SOUZA Gabriel Camargo de; LOURENZANI Ana Elisa Bressan Smith. *A importância do perfil do franqueado para o sucesso das franquias: uma análise da capacidade empreendedora* REBRAE.

Revista Brasileira de Estratégia, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 115-127, maio/ago. 2011.

RELIGIÃO, JUSTIÇA E O PÓS-MODERNO

René Dentz¹
Marcus Mareano²

RESUMO:

Os tempos presentes exigem dos cristãos reflexões mais inseridas no complexo de mudanças no qual se vive. A realidade demasiadamente plural e as opções de religiosidades diferenciadas ofertadas questionam sobre validade e atualidade da proposta cristã. Assim, nós nos propomos refletir sobre o cristianismo defronte a pós-modernidade sugerindo uma via de proposição da fé cristã. Apresentaremos o cenário do contexto sociocultural no qual vivemos recordando a herança histórico e intelectual do século XX e algumas características do século XXI. Abordaremos como a religião cristã se afeta por esse meio e como alguns pensadores refletem e propõe o cristianismo para a atualidade. Ao final, proporemos a práxis cristã a partir de um vislumbre da vida humana de Jesus que nos interpela a uma vida plena de sentido para si e para os outros.

Palavras-chave: Cristianismo; pós-modernidade; fé; contemporaneidade; práxis.

INTRODUÇÃO

¹ Professor universitário e Psicanalista. Mestre e Doutor em Filosofia. Doutorando em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Pesquisador do Grupo de estudos “Interfaces da Antropologia Teológica”. Membro da *Ricoeur Society* (Chicago Loyola University), da ALALITE (Associação Latino-americana de Literatura e Teologia) e do *International Institute for Hermeneutics* (Frankfurt Universität).

² Bacharel em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel e mestre em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Doutorando em Teologia pela FAJE e pela Universidade Católica de Lovaina (KU Leuven). Pesquisador do grupo de estudos “Bíblia em leitura cristã”.

Refletir teologicamente o momento presente exige um esforço de compreensão e diálogo com as análises parciais que temos e diferentes posições diante destas.

Nossa contemporaneidade demasiadamente plural gera inúmeras posturas, por vezes inadequadas provocando descredito nos crentes e não crentes. Então, como a religião poderia ser útil para pessoas no mundo de hoje? Como propor a fé cristã para os homens e mulheres no(s) mundo(s) de hoje? Tais questões interrogam teólogos e teólogas para uma discussão apoiada em outras ciências e saberes a fim de algumas tentativas de respostas.

Nossa proposta parte de uma percepção da contemporaneidade, observando o legado que o século passado deixou e como se desenvolveu no século XXI. A pós-modernidade se define como incógnita, a fluidez a caracteriza e as certezas se diluem e se misturam. Questiona-se sobre a religião, os deuses e ídolos e a fé nesse cenário hodierno.

Diante de muitos pareceres sobre a religião, incluso a cristã, percebemos a validade de uma religião e de uma fé. No entanto, não aos moldes tradicionais nos parâmetros modernos, mas considerando o momento de desconstrução e reconstrução no qual se vive e optando por uma via menos institucional e mais existencial. Intentamos o mesmo no âmbito cristão: uma práxis atualizada a partir do pessoa de Jesus Cristo.

Um ser humano que revela o que é ser humano propõe sentido para o ser humano. A proposta cristã continua atualizada conforme a linguagem e o modo de transmiti-la. O

conteúdo permanece, mas a maneira de dizê-lo deve acolher os desafios de cada tempo para uma melhor comunicação.

O artigo é consequência de debates inacabados dos autores em ambientes acadêmicos. Não se pretende comprovações ou inovações para o tema, mas discussão e reflexão para ampliar os horizontes e enriquecer o diálogo.

2. DO SÉCULO XX PARA A PÓS-MODERNIDADE

Somos oriundos de uma geração formada a partir do fim de duas grandes guerras mundiais, uma guerra fria e um mundo dividido em blocos econômicos. Especificamente no Brasil e em alguns países da América Latina, viveu-se o drama da ditadura militar, as lutas por democratização e a reorganização econômica e social.

No âmbito da reflexão, os chamados “mestres da suspeita” (Freud, Marx e Nietzsche) influenciaram culturalmente o século XX. A cultura moderna era predominantemente racionalista e avessa a Deus e à fé. Freud dizia que Deus é uma projeção das frustrações humanas mal resolvidas. Marx declarava que a religião era o ópio do povo, pois esta impedia a luta de classes e conformava os sofredores do sistema social. Nietzsche formulou, em um relato, um adágio que ainda influencia a contemporaneidade:

O homem louco se lançou para o meio deles e trespassou-os com seu olhar. “Para onde foi Deus?”, gritou ele, “já lhes direi! Nós o matamos-você e eu. Somos todos seus assassinos! Mas como fizemos isso?”

(...) Também os deuses apodrecem! Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! Como nos consolar, a nós assassinos entre os assassinos? O mais forte e mais sagrado que o mundo até então possuía sangrou inteiro sob os nossos punhais – quem nos limpará este sangue? Com que água poderíamos nos lavar? Que ritos expiatórios, que jogos sagrados teremos de inventar? A grandeza desse ato não é demasiado grande para nós? Não deveríamos nós mesmo nos tornar deuses, para ao menos parecer dignos dele? Nunca houve um ato maior – e quem vier depois de nós pertencerá, por causa desse ato, a uma história mais elevada que toda a história até então³.

Os “mestres das suspeitas” deixaram seus legados que influenciaram as reflexões posteriores para gerarem nosso momento presente denominado de pós-modernidade. Um tempo no qual não foi determinado um marco inicial nem se define precisamente suas características.

Situamo-nos nesse momento incógnito da nossa história. As realidades estão dissolvidas e misturadas, por isso a metáfora da “fluidez”⁴. Nós recebemos uma herança de um processo de secularização desde a modernidade e passamos por

³ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das letras, 2001, p. 147-148. [Gaia ciência §125].

⁴ Zygmunt Bauman usa a metáfora da liquidez para caracterizar o momento presente: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7-10. Sobre a dificuldade de precisão do conceito “pós-modernidade”: “A denominação de pós-modernidade aplicada ao final do século XX e à transição do segundo milênio para o terceiro, tornou-se patrimônio comum a múltiplos âmbitos da cultura e da sociedade. Por isso mesmo, torna-se extremamente difícil uma caracterização precisa desse conceito.” DUQUE, João Manuel. *Dizer Deus na pós-modernidade*. Lisboa: Alcalá, 2003, p. 5.

aceleradas transformações culturais. O pensamento atual considera “caducas” e “superadas” as questões modernas (por exemplo: verdade absoluta, moral universal, supremacia da razão) e cinde-se com a tradição. O passado não importa e o futuro não interessa. O que existe é o presente. Por essa razão, um tempo de instabilidade, crises (moral, fé, economia, política, meio ambiente, religião) e um relativismo pertinente.

Nós passamos de tempos da “morte de Deus” para uma “revanche religiosa”⁵. A proliferação das crenças responde à necessidade de recompor, a partir do indivíduo e de seus problemas, algo do sentido perdido. Há um retorno das “sabedorias pagãs”: tipos de doutrinas que trazem “vida boa” sem relação com o transcendente. Assistimos um processo de “desregulação” das religiões.

Nos tempos atuais, muitas pessoas procuram viver eticamente sem alguma vinculação religiosa institucional. Ou ainda, frequentam instituições religiosas sem viver verdadeiramente os preceitos religiosos. A religião fica a serviço dos prazeres individuais e não parece não ser mais necessária para felicidade humana.

A ética pode substituir uma fé ou uma vivência religiosa. Cada vez mais, cresce o número de pessoas que vivem bem, mas não “participa” das religiões ou sequer diz acreditar em Deus. Por esse motivo, diferentes propostas aparecem como

⁵ HERVIER-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 20-25. O livro apresenta outros tópicos importantes de análise da religião na contemporaneidade e caracteriza o panorama religioso atual, entre outras coisas, pela difusão de crenças individualistas, uma desregulação institucional da religiosidade e uma nova religiosidade flutuante de elaborações sincréticas.

alternativas, como por exemplo, a espiritualidade atea do filósofo André Conte-Sponville: “Uma espiritualidade da fidelidade antes da fé, da ação antes que da esperança (sim, a ação pode se tornar um exercício espiritual: tanto os trabalhos nos mosteiros, quanto as artes marciais no oriente), do amor, enfim, antes que do medo ou da submissão”⁶.

Assim, perguntamo-nos sobre o valor da fé e/ou das religiões hoje para viver eticamente. Ademais, diante de tantos erros cometidos por pessoas religiosas ao longo da história, vale à pena participar de algum grupo religioso? A fé ajuda-me a viver eticamente?

3. A RELIGIÃO CRISTÃ FRENTE AOS DESAFIOS PÓS-MODERNOS

A cultura ocidental se fundamenta também sobre a religião cristã. Estatisticamente, os cristãos são maioria em muitos países. No entanto, uma crise de fé se instaura no nosso momento sociocultural devido ao desafio da transmissão da fé.

As novas gerações se opõem às antigas gerações. Há lacunas diferentes e enormes entre uma geração e outra que representam verdadeiras rupturas culturais. Os pais rejeitam transmitir alguma fé para os filhos e deixam para eles a escolha da religião. Ou ainda, os próprios pais não têm mais certezas de fé ou vivem crenças pessoais distintas das instituições.

⁶ CONTE-SPONVILLE, André. *L'Esprit de l'athéisme*: introduction à une spiritualité sans Dieu. Paris: Albin, 2006, p. 150.

O que antes era oferecido e aceito como pronto e indiscutível, hoje necessita de um esclarecimento e uma opção refletida. Os que creem hoje, fazem com maior convicção. A responsabilidade de escolher o próprio rumo pesa sobre o indivíduo pasmo diante de múltiplas alternativas. Por isso, a emergência de fundamentalismos e de um tradicionalismo estéril, reflexos da pouca capacidade de diálogo com o presente. Repete-se modelos velhos sob uma nova roupagem, enquanto não se aceita os atuais desafios.

O indivíduo atual deseja uma experiência pessoal que corresponda aos seus anseios profundos e lhe forneça consolo e sentido de existência perene para sua vida. Todos se perguntam: o que sou eu? Porque estou aqui nessa existência? Que haverá após esse tempo de vida? Muitos saberes se esforçam para respostas, inclusive a religião.

Embora a fé não seja necessária para vida humana. A fé contribui para encontrar um sentido para existência. A fé não é da ordem da necessidade, mas da gratuidade. Eu creio gratuitamente em algo e alguém. Consequentemente, a fé me faz viver e agir com um sentido diferenciado.

No processo de construção da identidade cristã, o que define o antropológico não é a centralidade do “eu”, mas, sobretudo, seu despojamento como contínuo ato de interpretação e construção da própria identidade. Uma construção que deve sempre permitir a abertura ao diálogo com aquele que confessa uma fé diferente da cristã, ou até mesmo nega a possibilidade da fé religiosa como uma atitude dotada de

razoabilidade do ponto de vista antropológico. Um diálogo que exige, ainda, a compreensão da verdade de forma não-absoluta, escapando das pré-compreensões por parte de qualquer tradição religiosa, fundamentada na apropriação de seu corpus literário, e no qual se assume a dúvida e a convicção como um conflito interpretativo constante na construção da própria identidade religiosa e no reconhecimento da identidade alheia:

(...) a fé é uma realidade subjetiva/objetiva: nela, a subjetividade se relaciona com o outro, com o mundo e com a fonte incondicional de sentido. Há uma estrutura de sentido na qual cada sentido individual encontra o seu lugar e um sentido incondicional presente em cada sentido individual. Por outro lado, o fundamento incondicional do sentido tem de ser também simultaneamente um abismo. A fonte de sentido tem de ser também a fonte de dissolução de todo sentido. (...) Sempre há possibilidade de todo sentido mergulhar no sem sentido. Há, ao mesmo tempo, construção e desconstrução⁷.

Ao sair do lugar de “templo”, o divino se transforma em iminência contínua do morrer e a fé é o dom do morrer na sua incomensurabilidade, pois se trata da inadequação na qual a existência existe. Ela abre a dimensão do *não-saber*, ao excesso. A fé em Deus no sentido do monoteísmo todo é confiança num deus desconhecido, incognoscível, *inapropriável*: nem senhor, nem rei, nem juiz, nem deus⁸.

⁷ HIGUET, Étienne Alfred. *Hermenêutica da religião*: compêndio de ciências da religião. São Paulo: Paulus, 2013, p. 45.

⁸ NANCY, Jean-Luc. *L'adoration (Déconstruction du christianisme II)*. Paris:

Faz-se mister destacar a proposta do “Deus sem absoluto” do filósofo suíço Pierre Thévenaz. Se não decretamos a morte do absoluto e da eternidade, a Razão estabelece, por conta própria, segundo Thévenaz, uma dignidade atemporal: ela toma como tarefa para si substituir-se ao ídolo que ela mesma ajudou a derrubar. Mas com o sentido que nosso filósofo porta à noção de “evento”, no núcleo mesmo do histórico encontramos a superação da “história”, enquanto categoria geral. Afirma Pierre Thévenaz:

O evento mais real é aquele que mais se impõe à consciência como um centro organizador do devir histórico. A sua força de irrupção é a sua própria irradiação, que ordena para nós a história e lhe confere a sua significação para nós. São, com efeito, os próprios eventos que fazem a realidade da história, que suportam a sua racionalidade e lhe dão sentido⁹.

A promoção da história, da historicidade do ser humano, sob o impacto que veio da Cruz, não se coloca como fracasso, condição niilista, mas como oportunidade de aproximação da humanidade do ser humano. Impactada pelo evento, a razão se transmuta em historicidade. Com isso, conclui Thévenaz: “A Razão *desabsolutizada* confirma o ser humano em sua humanidade quando ela mesma se reconhece como humana”¹⁰.

A historicidade se definirá pela consciência da contingência, pelo fato de ficar desvelada em relação ao evento.

Galilée, 2010, p. 91.

⁹ HORT, Bernard. *Contingence et intériorité: Essai sur la signification théologique de l’Oeuvre de Pierre Thévenaz*. Préface de Paul Ricoeur. Genève: Labor et Fides, 1989, p. 156.

¹⁰ HORT, 1989, p. 158.

Nesse momento desabam os dois absolutos: o absoluto da história em si e o absoluto de uma razão atemporal. Todavia, há ainda um último refúgio de divinização do ser humano: na própria Razão. O cristianismo faz cair, gradativamente, a inconsciência divina da razão. A promoção da história, da historicidade do ser humano, sob o choque do evento que foi a Cruz, não é um sinal de decadência, um indício de niilismo, mas a aproximação da humanidade do ser humano. Tocada pelo evento, a razão converte-se em historicidade. Dessa forma, a razão *desabsolutizada* confirma o ser humano em sua humanidade quando ela mesma se reconhece como humana.

Outro caminho teológico da pós-modernidade é a proposta de Jean-Luc Marion. Segundo o filósofo católico francês, o conhecimento de Deus na forma de amor concretiza-se quando Deus capacita o amante a amar. Deus não é conhecido como objeto (por isso não é um ente e nem um ser a partir de um sujeito), mas como crescente excesso de doação intuitiva. Assim, o homem se coloca na condição de designar a “experiência” de excesso com o nome de Deus. É apenas pelo Dom que o homem é capacitado a ir além do ser e da metafísica, desafiando até mesmo a diferença ontológica. Esclarece Jean-Luc Marion:

(...) a noção de experiência é equívoca; nem sempre tem objeto nem vem determinada pelo sujeito transcendental; pode ainda expor certo “eu” não-transcendental (e não-empírico), mas dada a fenômeno não constituível porque saturado. (...) o fenômeno não depende

dessa condição de possibilidade por excelência, pois é exceção a todos os possíveis horizontes. (...) O revelado não define assim o extremo *stratum* ou certa região particular da fenomenologia, mas o modo universal de fenomenalização do que se dá no que se mostra¹¹.

Marion parece abandonar o caráter absoluto do horizonte fenomenológico em favor da hermenêutica (como o faz também Paul Ricoeur) dos múltiplos horizontes de possibilidade, de polifonia da vida (e do texto), incluindo a possibilidade de interrupção do próprio horizonte. Eis uma atestação da “contra-experiência”!

Ao dialogar com as variadas propostas de vivência da fé cristã na pós-modernidade, observamos as hipóteses e optamos por um caminho narrativo do ponto central do cristianismo: a existência humana de Jesus que, por sua vida, passa a ser professado como Messias e Senhor.

4. POR CRISTIANISMO MAIS ÉTICO E POR UMA ÉTICA MAIS CRISTIANIZADA

Jesus nasceu em Belém, cresceu em Nazaré e exerceu parte de seu ministério nas cidades da Galileia. Morreu em Jerusalém. Estes dados históricos retratam um ser humano real.

Diversos relatos bíblicos apresentam como Jesus vivia. Ele se relacionava com as pessoas, participava das celebrações

¹¹ MARION, Jean-Luc. *Étant Donné*. Paris: PUF, 1997, p. 292. 296. 396.

do seu povo (os judeus), ensinava nas sinagogas e gostava de refeições com diferentes famílias. Rapidamente, tornou-se admirado pelas multidões que acorriam a ele em busca de consolo e alento, queriam ser curadas, procuravam soluções para as diversas aflições que passavam. Em meio às atividades, ele elege alguns pescadores para segui-lo e, depois, forma-se um grupo de doze (nenhum notável na sociedade) que o conhece mais intimamente, aprende com ele e se compromete com aquela novidade. Além desses homens, Jesus permitia a companhia de mulheres na sua companhia (Lc 8,1-3).

Todas essas características não fazem Jesus muito distinto de muitos grandes seres humanos da nossa história. No entanto, a mensagem que ele transmite, uma “boa notícia” (em grego: *euaggelión*), totalmente original, provoca uma mudança no curso da história universal.

Jesus anunciava que Reino de Deus se aproximava, as pessoas deveriam converter-se e acreditar no Evangelho (Mc 1,15). O reino de Deus não representava um reino como aquelas pessoas imaginavam (p. ex. Império Romano), mas o reinado (ação) de Deus entre pessoas para as pessoas por meio daquele homem Jesus.

Jesus agia na condição de Filho de Deus: perdoava os pecados (Mc 2,5); purificava os leprosos (Mc 1,40-41); interpretava a Lei judaica (Mt 5,20-48); chamava Deus de pai e ensinava seus seguidores a chamá-lo da mesma maneira (Mt 6,9); assumiu uma condição de servo e deu sentido à própria existência servindo aos outros (Lc 22,24-27; Jo 13,12-15),

principalmente aos menos favorecidos (pobres, enfermos, prostitutas e publicanos).

Para sintetizar seus ensinamentos, Jesus disse: “amai a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo” (M 12,29; Lv 19,18); e ainda: “amai-vos uns aos outros como eu vos amei, nisso reconhecerão que vós sois meus discípulos se tiverdes amor uns aos outros” (Jo 13,34-35). Jesus expressa com sua existência uma ética e não um conjunto de normas, ele ensina com a prática e suas ações eram ensinamentos. Suas palavras eram acompanhadas de gestos e seus atos anunciavam uma mensagem de quem é divino.

Amar para Jesus não era apenas um sentimento ou uma emoção, mas era uma prática de vida, doação de si para o próximo, uma maneira de ser, isto é, uma ética. O amor consiste em perdoar a quem ofender (Mt 6,12; 18,21-22); não retribuir o mal feito com mal (Mt 5,39-40); fazer primeiro o que queremos que os outros nos façam (Mt 7,12); orar por aqueles que perseguem e amar os inimigos (Mt 5,44); não condenar nem julgar (Mt 7,1); servir humildemente (Lc 17,10). Na existência humana de Jesus, vê-se a vivência do amor até o fim: “tendo amado os seus que estavam no mundo, amo-os até o fim” (Jo 13,1).

A passagem de Mt 25,31-46 retrata como deve proceder o cristão. Jesus convida: “Vinde benditos do meu Pai, recebi por herança o reino preparado para vós, pois tive fome e me deste de comer. Tive sede e me deste de beber. Era forasteiro e me acolheste. Estive nu e me vestiste, doente e me visitaste, preso e

viestes ver-me”. Lê-se no relato uma questão dos justos: “quando fizemos isso?” Jesus respondeu: Cada vez que o fizestes a um desses irmãos mais pequeninos, a mim o fizestes (v. 40). Em seguida, os injustos são destinados a uma condenação porque deixaram exercer o que deveriam. O cristão encontra no semelhante uma representação de Cristo. Cada vez que se faz algo (ou se deixa de fazer), ao Cristo que se faz.

O cristianismo autenticamente vivido contribui para uma ética no século XXI e para um mundo melhor. Embora muito se tenha errado na história usando o nome de Deus, o mundo e as pessoas poderiam ser piores sem a fé em Cristo. Os seguidores de Cristo são responsáveis por incontáveis benefícios sociais no passado e no presente da história universal, quiçá no futuro.

Há uma séria tarefa no mundo pós-moderno destinada aos cristãos: viver o verdadeiro amor à exemplo do mestre. Jesus não amou apenas os do seu povo e da sua raça. Ele amou também os samaritanos (povo que não tinha boas relações), os publicanos (pecadores públicos com fama de ladrões), soldados romanos (centurião que pediu a cura da sua filha), Madalena, Zaqueu, Judas, Paulo, a mim e a você. Quem é o seu próximo hoje? Onde está teu irmão?

Excelente exemplo, nós lemos em trecho da “Carta a Diogneto” (capítulos 5-6), um escrito do século II dC por um discípulo cristão para apresentar a fé cristã a Diogneto, um distinto no Império romano:

Não se distinguem os cristãos dos demais, nem pela região, nem pela língua, nem pelos costumes. Não habitam cidades

à parte, não empregam idioma diverso dos outros, não levam gênero de vida extraordinário. A doutrina que se propõem não foi excogitada solicitamente por homens curiosos. Não seguem opinião humana alguma, como vários outros fazem. Moram alguns em cidades gregas, outros em bárbaras, conforme a sorte de cada um; seguem costumes locais relativamente ao vestuário, à alimentação e ao restante estilo de viver, apresentando um estado de vida (político) admirável e, sem dúvida, paradoxal. Moram na própria pátria, mas como peregrinos. Enquanto cidadãos, de tudo participam, porém tudo suportam como estrangeiros. Toda terra estranha é pátria para eles e toda pátria, terra estranha. (...) amam a todos, e por todos são perseguidos. Desconhecidos, são condenados. São mortos e com isso se vivificam¹².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na nossa contemporaneidade, o êxito do cristianismo não será sua doutrina ou o grande legado histórico cultural, mas a prática cotidiana da fé numa vida com sentido pleno.

A práxis cristã propicia a fé Cristo por uma via mais assimilável hoje. A fé não pode nascer de uma dedução lógica nem de um experimento científico. Do ponto de vista cristão, ela é dom gratuito de Deus (ação do Espírito Santo), que conduz o ser humano a reconhecer a Deus (Pai e o Filho). Ela é a resposta humana positiva à Revelação Divina, nossa reação à

¹² CARTA à Diogneto. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 22-23.

Deus e a entrega confiante de si para os outros. A convivência fraterna e a vivência dos ensinamentos de Cristo nos remetem a uma relação com ele.

A fé nos desloca de nós para o(s) outro(s). Ela reorienta nossa vida. Por exemplo, tantas testemunhas que nos precederam a fé: Abraão, Moisés, Maomé, Ganhdi, Dalai Lama, os profetas, os primeiros discípulos e os místicos. Como a fé dá sentido à existência humana e provoca uma mudança de atitudes, ela só pode ser em Deus e nunca em coisas, instituições ou pessoas.

Especificamente, para os cristãos, a fé se baseia em Jesus, professado por seus seguidores como Cristo, filho de Deus. A partir da existência desse ser humano, reflete-se sobre as ações éticas dos seus sucessores.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002.

CARTA à Diogneto. Petrópolis: Vozes, 1976.

CONTE-SPONVILLE, André. *L'Esprit de l'athéisme: introduction à une spiritualité sans Dieu*. Paris: Albin, 2006.

DUQUE, João Manuel. *Dizer Deus na pós-modernidade*. Lisboa: Alcalá, 2003.

HERVIER-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Petrópolis: Vozes, 2008.

HIGUET, Étienne Alfred. *Hermenêutica da religião: compêndio de ciências da religião*. São Paulo: Paulus, 2013.

HORT, Bernard. *Contingence et intériorité: Essai sur la signification théologique de l'Oeuvre de Pierre Thévenaz, Préface de Paul Ricoeur*. Genève: Labor et Fides, 1989.

MARION, Jean-Luc. *Étant Donné*. Paris: PUF, 1997.

NANCY, Jean-Luc. *L'adoration (Déconstruction du christianisme II)*. Paris: Galilée, 2010.

NANCY, Jean-Luc. *La décloison (Déconstruction du christianisme I)*. Paris: Galilée, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das letras, 2001.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000.

RICOEUR, Paul. *Le conflit des interprétations: essais d'herméneutique I*. Paris: Du Seuil, 1969.

IDENTIDADE DE GÊNERO E DIREITO: A DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alexandre Guilherme dos Santos¹
Raphael Furtado Carminate²

RESUMO:

O presente artigo versa sobre questões atinentes à identidade de gênero, abordando mais especificamente a transexualidade e as suas implicações jurídicas no Brasil. Pretende apresentar informações gerais acerca da realidade das pessoas transexuais, tema ainda pouco difundido nos mais diversos âmbitos, apontando como o ordenamento jurídico pátrio lida com direitos determinantes para a dignidade de tais pessoas. Para tanto, utilizou-se como viés metodológico a pesquisa bibliográfica e documental. O estudo revelou que o Poder Legislativo nacional, em virtude de interesses diversos, ainda não se dedicou a regulamentar de forma satisfatória aspectos relevantes à transexualidade, de modo que o Judiciário se debruça sobre incontáveis demandas de pessoas trans, vítimas de constrangimentos e humilhações frequentes. Ainda não há, contudo, uma unidade de entendimento por parte dos julgadores.

Palavras-chave: Transexualidade; Direito; Sociedade

INTRODUÇÃO

É notório que a sociedade brasileira historicamente marginaliza todos que se distanciam, em maior ou menor

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana (FUPAC).

² Doutorando e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

medida, dos padrões estabelecidos pela maioria, representativos de valores racistas, machistas, patriarcais e heteronormativos. Neste contexto em que se sobrepõem o conservadorismo, o preconceito e o fundamentalismo religioso, a transexualidade é ainda um tema muito pouco elucidado, que povoa de dúvidas e falsas compreensões a mente daqueles que não a vivenciam e que, por esta razão, a negligenciam. No horizonte social vigente, é conveniente que a questão seja relegada a segundo plano, uma vez que o transexual difere dos referidos padrões heteronormativos, chancelados pelo senso comum.

Não é aberrante supor que muitas pessoas desconheçam o que significa ser transexual. Há quem não saiba diferenciar a transexualidade da homossexualidade ou da travestilidade. Todavia, as distinções são evidentes e serão explanadas a seguir. Percebe-se, ainda, que sequer no meio acadêmico o assunto é abordado com a frequência e a profundidade que lhe deveriam ser atribuídas. Nem mesmo nas salas de aula dos cursos compreendidos nas chamadas “ciências sociais aplicadas”, como o Direito e a Comunicação, que se debruçam sobre os mais variados fatos e fenômenos sociais, é rotineiro discorrer sobre a transexualidade. Formam-se indivíduos que, embora graduados, não possuem o devido preparo para lidar com relevantes realidades alheias às que vivenciam.

No entanto, muito além do ambiente acadêmico, é mister que o Direito, em todas as suas esferas, reconheça e resguarde a pessoa transexual, bem como as demais minorias, a fim de salvaguardar seus direitos e atenuar suas mazelas. Aproxima-

se, assim, do ideal de justiça, no seu mais lapidado sentido, uma vez que se vislumbra a promoção da igualdade material, com o devido respeito à diversidade e ao clamor dos que mais necessitam de proteção.

Basta realizar-se uma breve leitura de comentários em publicações que mencionam as conquistas de pessoas transexuais, nos mais diversos portais de notícias ou nas redes sociais, para que se constate a falta de humanidade, decoro e ética daqueles que disseminam o ódio injustificável contra as minorias.

O Direito, enquanto instrumento de controle e transformação social, deve coibir toda forma de discriminação, colaborando de forma efetiva para a inclusão daqueles que se encontram à margem da sociedade e reduzindo as suas desigualdades. Não pode, portanto, ser alheio aos dramas do transexual, que além dos padecimentos em virtude do conflito de identidade, é vítima constante desses discursos de ódio e agressões. Neste sentido, a incursão que ora se propõe visa justamente a apresentar, de forma sucinta, a disciplina legal concernente a direitos relevantes para a promoção da dignidade da pessoa transexual.

Em um primeiro momento, será apresentada uma breve explicação acerca de como se expressa a transexualidade, ressaltando-se que o tema é vasto e complexo, merecendo estudos aprofundados. Posteriormente, proceder-se-á a uma análise de determinadas normas que disciplinam os direitos do transexual, a fim de se verificar em que medida o Direito realiza

a sua efetiva tutela, abordando-se ainda o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre a matéria.

2. CARACTERÍSTICAS DA PESSOA TRANSEXUAL E DISTINÇÕES IMPORTANTES

A transexualidade denota um severo conflito subjetivo, na medida em que a pessoa transexual não se reconhece no seu sexo biológico, sentindo pertencer ao gênero oposto. Em virtude de não aceitar o próprio corpo tal como se apresenta, é evidente que o transexual sofre sobremaneira em seu íntimo, sentindo vergonha e enfeitando a própria anatomia.

Grosso modo, é o indivíduo que tem um corpo masculino, mas o abomina por se perceber como mulher (transexual feminina), ou, ao contrário, aquele que nasce com a anatomia feminina, mas em seu psicológico está presente a masculinidade (transexual masculino). Nas palavras de Penna (2017), “é uma pessoa marcada por um profundo e irreversível conflito de identidade, caracterizado pela rejeição ao sexo biológico, podendo chegar a situações extremas de automutilação ou, até mesmo, suicídio.”³

Tais características já permitem distinguir, portanto, a transexualidade da homossexualidade e da travestilidade. O indivíduo homossexual é aquele que sente atração por pessoas do mesmo sexo, mas se identifica com o seu sexo biológico. Não

³ PENNA, Iana Soares de Oliveira. *A possibilidade jurídica da autodeterminação de gênero no Brasil e seus reflexos no direito de família*. 2017. 246 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

é, portanto, uma questão de identidade gênero, mas tão somente de orientação sexual. Esta última está ligada à percepção de por qual gênero a pessoa sente atração afetiva e sexual. Já a identidade de gênero não se relaciona à atração, mas sim à sensação de pertencimento a um gênero ou outro, a despeito da anatomia do próprio corpo.

O travesti, por sua vez, se regozija ao se vestir e se portar de acordo com o gênero oposto; no entanto, também não rejeita o seu sexo de nascimento. A travestilidade não implica em repulsa à genitália, logo, não abarca o desejo de se submeter aos procedimentos para redesignação de sexo.

É a pessoa transexual que não se conforma com o sexo físico e deseja realizar a transição de gênero. Neste sentido, assevera Nepomuceno (2011) que “(...) apesar do travesti também sentir prazer em se vestir da forma do seu sexo oposto, somente a pessoa transexual tem o forte sentimento de rejeição ao seu sexo biológico”⁴.

Diante destas considerações iniciais, já se torna possível antever o papel crucial do Direito ao lidar com o tema. O indivíduo transexual é sujeito de direitos como qualquer outro, com a peculiaridade, porém, de conviver com um sério conflito interno, além da hostilidade social. Carece, por conseguinte, de atenção e tratamento diferenciados, a fim de que possa desfrutar de uma vida digna e feliz, na medida em que lhe seja

⁴ NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 28 jul. 2017.

possibilitado expressar, nos mais variados ambientes, quem realmente é.

3. ALGUNS DIREITOS RELEVANTES PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL

Tendo em vista que o transexual traz consigo a convicção de pertencimento ao gênero oposto, é ululante que a sua satisfação pessoal está condicionada à perspectiva de ser reconhecido como tal. Neste diapasão, a possibilidade de uso do nome social e de alteração do sexo nos documentos pessoais, ainda que sem a realização da cirurgia de transgenitalização (procedimento para redesignação sexual), por exemplo, são fatores determinantes para a promoção da sua dignidade.

O nome social se refere à designação através da qual os travestis e transexuais se identificam e que ostentam socialmente. A princípio, ter direito ao reconhecimento e à aplicação de tal designação em suas informações registrais pode parecer trivial. Contudo, para a pessoa transexual, ter um nome adequado ao seu sexo psíquico em seus documentos é uma conquista que dá sentido à própria existência, na medida em que percebe sua verdadeira identidade sendo reconhecida.

Outro direito essencial para essas pessoas é o de não serem discriminadas, seja no ambiente de trabalho ou em qualquer outro. Isso envolve desde a possibilidade de uso dos sanitários compatíveis com o gênero a que sentem pertencer, até a proibição de que sejam agredidas física ou verbalmente em virtude da sua identidade de gênero.

É preciso ponderar, enfim, em que medida o ordenamento pátrio recepciona tais direitos e se há um efetivo comprometimento, sobretudo por parte do Poder Legislativo, em acolher as demandas dos trans.

4. O DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL E À ADEQUAÇÃO DAS INFORMAÇÕES REGISTRAS

No que tange à possibilidade de uso do nome social, Chaves (2017) pontua:

Tamanha é a relevância do nome para a dignidade do sujeito, que já se admite o uso do nome social de transgêneros e travestis no sistema de ensino – qualquer que seja o nível de escolaridade –, bastando requerimento do interessado ou de seus responsáveis legais; em ambientes de trabalho e também em repartições públicas.⁵

Com efeito, existem disposições normativas recentes permitindo que os transexuais possam ostentar o nome que melhor contempla a sua individualidade em diversos setores. É o caso, por exemplo, do Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que traz disposições sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal,

⁵ CHAVES, Débora Caroline Pereira. *Afinal, quem sou eu para o direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil*. 2017. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

vedando a discriminação. Neste sentido, destacam-se os arts. 2º e 6º:

Art. 2º: Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais.

(...)

Art. 6º: A pessoa travesti ou transexual poderá requerer, a qualquer tempo, a inclusão de seu nome social em documentos oficiais e nos registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.⁶

Nota-se uma tendência das mais diversas instituições em se adequarem à realidade social e a acolher a demanda pelo uso do nome social por parte dos transexuais, ainda que de forma tardia, face às reivindicações de longa data. Apenas a título de exemplificação, em janeiro de 2017 a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de São Paulo emitiu a primeira certidão

⁶ BRASIL. Casa Civil. **Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016:** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

profissional para uma advogada transexual, Márcia Rocha, que havia solicitado autorização para usar o nome social em 2013⁷.

Sobre a possibilidade de alteração do nome registral independentemente da cirurgia de transgenitalização, porém, a legislação pátria ainda se revela omissa. E, como de praxe diante de lacunas normativas, cabe ao Judiciário solucionar as eventuais controvérsias que delas decorrem. No entanto, ainda não há jurisprudência pacífica neste ponto. Chaves (2017) evidencia as atuais tendências dos tribunais brasileiros:

Em síntese, alguns Tribunais vêm entendendo que a alteração do nome pode ocorrer mesmo que não tenha havido o ato cirúrgico redesignatório. Entretanto, majoritariamente, a mudança do sexo no registro civil somente será autorizada se o transgênero já tiver se submetido à cirurgia, não cabendo falar-se em mudança das informações de sexo nos documentos se o indivíduo ainda estiver aguardando o chamado do Sistema Único de Saúde (SUS) para a realização da intervenção, ou se optar por não fazê-la, com vistas à efetividade do princípio da publicidade.

Finalmente, há a questão da maneira como deve ser feita a alteração do registro civil, ponto causador de atritos entre os magistrados em razão do conflito principiológico que se instaura: no caso, deve-se primar pela publicidade,

⁷ ACAYABA, Cíntia. MACHADO, Livia. G1 São Paulo. *Brasil tem a primeira advogada transexual trabalhando com nome social*. Publicado em 10 de janeiro de 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-tem-primeira-advogada-transexual-atuando-com-nome-social.ghtml>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

garantindo direitos de terceiros à verdade das informações, ou pelo direito à intimidade e vida privada da pessoa redesignada?

Nesse sentido, algumas decisões (...) demonstram a prevalência dos aspectos íntimos da vida privada, pois a exposição registral da transgenitalização viola direitos fundamentais do ser humano.

Faz-se pertinente destacar que no Brasil vigora o princípio da imutabilidade do nome, consagrado pela Lei de Registros Públicos, por questões de segurança jurídica. O nome registral só pode ser alterado em hipóteses excepcionais, como em caso de adoção, naturalização de pessoa estrangeira, exposição da pessoa ao ridículo ou inclusão de apelidos notórios. Porém, sabe-se que a dignidade da pessoa humana também é um princípio que norteia o ordenamento pátrio, e a alteração do nome, como já salientado, é fator significativo para a promoção da dignidade do transexual.

Ressalvadas as peculiaridades de cada caso concreto, deve-se efetuar a ponderação entre tais princípios, de modo que a dignidade da pessoa humana, no caso do trans, deve possuir relevada importância, em respeito às suas reivindicações. Neste sentido, explica Penna (2017):

A transexualidade é a questão que mais desafia o princípio da imutabilidade do nome. Apesar da ausência de previsão legal para a retificação do registro, o entendimento majoritário dos tribunais pátrios e de que é possível a alteração do

nome, sendo deferida, em alguns julgados, até mesmo para os que não se submeteram à cirurgia para mudança de sexo.

Além do deferimento de retificação do registro civil pelo Judiciário, existem, no país, inúmeras leis permitindo a utilização do nome social, sem que para tanto seja necessária qualquer autorização, bastando a declaração pessoal.

Assiste-se a uma relativização do princípio da imutabilidade, justificada pelo entendimento de ser o nome um dos elementos que compõem a identidade e em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, o que justifica as alterações para que se possa ter um nome que dignifique, não que traga constrangimento.

Apesar das inúmeras exceções previstas em lei e dos casos autorizados pelos tribunais, a regra continua sendo a imutabilidade do nome. E assim deve prevalecer, evitando-se os exageros e mantendo a segurança jurídica.

Pode-se concluir, diante do que foi dito quanto ao direito ao nome e sua proteção como elemento da identidade pessoal, que o que rege sua disciplina é o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a imutabilidade ou não será definida com base nesse princípio e considerando-se o nome um dos elementos que compõem o direito à identidade pessoal. O nome deve refletir a verdade pessoal, individualizar a pessoa e espelhar sua verdadeira identidade.

Tal entendimento é o mais apropriado e demonstra que os tribunais não estão completamente alheios às demandas das

peessoas transexuais. Contudo, ainda é retrógrado o posicionamento de alguns deles, ao exigirem a prévia cirurgia de transgenitalização para viabilizar a alteração nos dados registraes. É o que se verifica, por exemplo, na seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que permitiu a alteração do nome independentemente do referido procedimento cirúrgico, mas condicionou a alteração do sexo informado no registro à sua realização:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE.
PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE
PRENOME E DE SEXO. ALTERAÇÃO DO
NOME. POSSIBILIDADE.
AVERBAÇÃO À MARGEM. A ALTERAÇÃO
DO SEXO SOMENTE SERÁ
POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE
TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do

registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgãos genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso provido, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, 2016)⁸

Essa ideia se coaduna com a visão da Medicina, da Psiquiatria, da Psicanálise e da Psicologia, que ainda percebem a chamada “disforia de gênero” como uma patologia e a cirurgia como um possível tratamento. No entanto, esse pensamento já se revela deveras antiquado e percebe-se uma forte tendência à desconsideração da transexualidade no rol das doenças mentais. Neste raciocínio argumenta, de forma muito acertada, Chaves (2017):

A patologização das identidades trans, entretanto, conduz ao questionamento sobre os reais efeitos dos ‘tratamentos médicos’ disponíveis nos manuais de Psiquiatria. Primeiramente, como já ressaltado, não há exame clínico específico que leve o médico ao diagnóstico de disforia de gênero. Segundo ponto, não há medicamentos, drogas ou terapias capazes de reverter a incongruência entre o sexo

⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70067749291. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol – 7ª Câmara Cível. **DJe**, 02 Jun. 2016d. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

biológico e o sexo psicológico. Terceiro fato, não se sabe a origem biológica e neurológica da incongruência. Quarta consideração, o uso de hormônios para que o sujeito desenvolva características secundárias do seu sexo psicológico e a cirurgia de redesignação sexual não ‘curam a doença’, não conseguem reverter a dissonância – apenas diminuem o desconforto pessoal diante do espelho e permitem a inserção social do transgênero segundo os códigos e padrões determinados para cada gênero (BENTO; PELÚCIO, 2012). Por esse motivo, a patologização da transgeneridade no século XXI é mais uma opção política e estratégica de controle social do que falta de conhecimento científico sobre o assunto.

Ressalta-se ainda que o mesmo Tribunal de Justiça gaúcho supracitado já proferiu decisões pioneiras no sentido de possibilitar a alteração tanto do nome quanto do sexo informado no registro, considerando ser indiferente para tal a realização da intervenção cirúrgica (PENNA, 2017, p. 168-169). Evidencia-se, portanto, que a jurisprudência brasileira não é uniforme ao apreciar a questão.

Corroborando a tendência de que é abusiva a exigência da cirurgia para a permissão de adequação do registro à realidade trans, também aduz Alvarenga (2016):

Após as modificações no registro civil, o transexual deve pedir uma certidão de inteiro teor para que consiga a modificação em todos os seus documentos, como

identidade, CPF, carteira de habilitação, dentre outros, sendo que em nenhum deles deverá constar qualquer referência de ter havido modificação em virtude de decisão judicial, operação ou de ser a pessoa transexual.

A mudança do prenome e gênero é uma etapa do tratamento dos transexuais e passar pela cirurgia ou pela terapia hormonal sem adequação de seus documentos faz com que os transexuais continuem sendo ridicularizados, sejam vítimas de críticas e passem por situações extremamente vexatórias, já que exibem documento de um gênero mas possuem características físicas de outro. Assim sendo, não possibilitar a alteração, ou possibilitá-la com ressalvas, impossibilita uma vida plena, ferindo a dignidade ao transexual.⁹

5. O USO DO BANHEIRO EM ESPAÇOS PÚBLICOS

No que se refere ao uso dos sanitários pelos transexuais, outra questão que enseja polêmicas, tem sido difundido que, quando possível, os banheiros sejam individuais e não apresentem identificação por sexo ou que, ao menos, lhes seja facultado utilizar aquele reservado ao sexo com que se identificam. De fato, trata-se do posicionamento mais plausível, uma vez que respeita a autonomia privada dessas pessoas. O ideal é que cada um aja em conformidade com o que lhe faz

⁹ ALVARENGA, Juliana Mendonça. *Transexualidade e seus reflexos no direito e registro civil*. 2016. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

bem, tendo suas decisões respeitadas, desde que não prejudique terceiros.

Tal questão foi submetida ao crivo do Judiciário por diversas vezes, tendo recebido, por consequência, repercussão geral em sede do Recurso Extraordinário n. 845.779/SC, cujo relator foi o ministro Luís Roberto Barroso, conforme ementa:

TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (BRASIL, 2014).¹⁰

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 845.779/SC. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso. **DJe**, 13 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

O que se pretende evidenciar é a quantidade de recursos que são submetidos à apreciação do Judiciário versando sobre uma questão em tese trivial, como a possibilidade de uso do banheiro que é adequado à condição do transexual. Este dado revela que, também neste assunto, ainda não há a devida regulamentação legal e que, nem mesmo em aspectos tão simples, nos quais deveria imperar a autonomia privada, os transexuais podem exercer livremente o próprio arbítrio, sem se sujeitarem a ofensas e humilhações. Se a matéria chega ao ponto de galgar repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, significa que há inúmeros transexuais reivindicando, tão somente, ter livre acesso a um modo de vida adequado à sua identidade, mas que, por puro preconceito, ainda lhes é negado.

Nesta conjuntura, torna-se imprescindível que o Judiciário se posicione diante das omissões legislativas referentes aos direitos das pessoas trans, em especial a Suprema Corte, que analisa a questão sob a ótica constitucional. Não se trata apenas de apontar diretrizes para o uso dos banheiros, mas sim de ajudar essas pessoas a se sentirem confortáveis com o que de fato são, assegurando a observância de princípios como a igualdade, a liberdade, a não-discriminação, a intimidade e o livre-desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, que permeiam os dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Carta Magna vigente, eminentemente garantista, dentre os variados preceitos que disciplinam a proteção aos direitos individuais, aponta a promoção do bem de todos como objetivo fundamental da República, vedando expressamente preconceitos de qualquer natureza:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹

Discriminatório e inconstitucional seria, portanto, impor o uso de banheiro compatível com o sexo biológico da pessoa trans. Criar um banheiro específico para transexuais e travestis também implicaria em inevitável segregação, como se não pudessem dividir o mesmo espaço com outras pessoas. Conforme apontado previamente, é mais razoável e consonante com os direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal permitir que utilizem os sanitários de acordo com o gênero com que se identificam, pois assim se evita um tratamento discriminatório, garantindo a preservação da autonomia da vontade e da autodesignação, fatores tão caros a pessoas que precisam lutar diariamente para afirmar a própria subjetividade. É o entendimento de Chaves (2017):

¹¹ BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.

Logo, privar que transgêneros acessem esses recintos de acordo com a identidade de gênero que manifestam pessoal e socialmente, sendo obrigados a utilizar o banheiro compatível com seu sexo biológico, ou outro criado para travestis e transexuais, constitui fator de discriminação direta e indireta inaceitável no Estado Democrático de Direito brasileiro.

6. OUTRAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS RELEVANTES

Para que se viabilize a promoção da dignidade dos transexuais, portanto, faz-se imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro facilite, nos mais diversos âmbitos, a vivência dessas pessoas de acordo com a sua identidade. VIEGAS, RABELO e POLI (2013) orientam:

Dessa forma, progredir e inovar nos direitos dos transexuais são necessidades urgentes e ao Direito cabe a responsabilidade de resguardar valores e princípios jurídicos, assegurando a todos a honra, a identidade, a privacidade, mas, principalmente, a felicidade, que se situa no respaldo jurídico à dignidade acima de tudo. Neste contexto, as diferenças, os preconceitos e o extremismo não possuem terreno.

Em uma sociedade complexa e diversificada como a brasileira, reconhecer a pluralidade e a diversidade é condição indispensável para a promoção da dignidade. A cirurgia de transgenitalização ou o direito de autodeterminação do transexual, assim como a possibilidade de

alteração de nome e gênero no registro público civil devem ser viabilizados e facilitados pelo direito, pois são caminhos na busca pelo reconhecimento de um direito humano de inclusão social.¹²

Há projetos de lei que pretendem disciplinar variados aspectos relacionados à transexualidade, mas o legislador não prioriza a matéria, que continua sendo negligenciada. Expõe Chaves (2017):

Muitos são os projetos de lei em tramitação que visam regulamentar questões atinentes a essas pessoas, mas que ficam estagnados durante anos no Congresso Nacional por motivos políticos, partidários e religiosos (ignorando a laicidade do Estado), até serem arquivados. O Poder Legislativo nacional, salvo raríssimas exceções, não se interessa pelo assunto, omitindo-se em sua atribuição típica de criar normas jurídicas capazes de operacionalizar a efetividade dos direitos constitucionais da pessoa, independentemente de suas características individuais.

Todo ser humano tem o direito de ser protegido pelo Estado, de poder gozar de seus direitos e suas garantias fundamentais e de não ser marginalizado institucionalmente. Porém, ao ignorar a

¹² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em 29 jul 2017.

necessidade de proteção específica aos transexuais, devido à sua imensa vulnerabilidade, o Legislativo impede a efetividade dos direitos inatos à pessoa, mitigando o exercício da cidadania plena a este grupo populacional, além de fomentar a intolerância, a discriminação e as desigualdades sociais.

Por sua vez, o decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 - a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - norteia a atuação do juiz face às omissões legislativas, incumbindo-lhe de aplicar a lei consoante os fins sociais a que se destina:

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹³

Trata-se, à evidência, de norma plenamente aplicável à matéria e que deve balizar a adequação do tratamento do ordenamento jurídico à realidade do transexual brasileiro. Neste sentido, é interessante o posicionamento de alguns magistrados em casos como o de violência doméstica sofrida por transexuais femininas. Há entendimentos no sentido de aplicar a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para amparar tais pessoas. Nada mais justo e natural

¹³ BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942.

que se proceda a esta analogia para atender aos fins sociais da referida lei, de acordo com o comando informado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma vez que a transexual feminina se percebe como mulher. Assim informam TANNURI e HUDLER (2014):

Com base nesse entendimento, a juíza Ana Claudia Magalhães, da 1ª Vara Criminal de Anápolis, aplicou medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha ao parceiro de uma transexual feminina, que sofria maus tratos por parte do parceiro. Em sua decisão, a magistrada destacou a condição de mulher da vítima, notadamente porque é assim vista pela sociedade, o que torna ainda mais legítima a aplicação da lei. Salientou ainda: Somados todos esses fatores, conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater'. (...)

Há também um precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em caso semelhante. (...)

Como diploma legal assistencial e protetivo das mulheres, entendidas como todas aquelas pertencentes ao gênero feminino (e não somente ao sexo feminino), a Lei Maria da Penha deve ser aplicada às transexuais femininas que tenham sido vítimas de violência doméstica e familiar, as quais se encontram em evidente situação de vulnerabilidade social. Tal entendimento vem ao encontro dos princípios da dignidade humana e da

igualdade, sendo que, a própria Lei n.11.340/2006, em seu artigo 2º, traz vedação expressa a qualquer tratamento discriminatório em virtude da orientação sexual. (...)

Independentemente de qualquer adequação física, cirúrgica ou registral, a transexual feminina é, e sempre foi, mulher; essa é a sua identidade de gênero, que deve ser reconhecida e respeitada pelo Estado, de modo a permitir o pleno desenvolvimento de sua personalidade e a sua realização pessoal.¹⁴

Estas decisões se revelam acertadas e merecem destaque no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que repercutam na consolidação do entendimento jurisprudencial no sentido de conceder a todos os transexuais um tratamento adequado à sua identidade de gênero. Reiteradas decisões com este direcionamento podem consistir, pouco a pouco, no estímulo que falta para que o Poder Legislativo finalmente encare a questão com o devido zelo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, cumpre enfatizar que, não obstante haja projetos de lei aguardando aprovação no Congresso, o Poder Legislativo ainda se esquivava de regulamentar de forma

¹⁴ TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. A Possibilidade de Aplicação da Lei Maria da Penha às Transexuais Femininas Vítimas de Violência Doméstica. In: **jus.com.br**. São Paulo, ago 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36778/a-possibilidade-de-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-transexuais-femininas-vitimas-de-violencia-domestica>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

expressiva os direitos dos transexuais. A ausência de dedicação acerca da matéria se justifica por interesses políticos e influências religiosas. Pretere-se a análise dos direitos das minorias, justamente porque se encontram à margem da sociedade e, assim, não se coadunam com os interesses dominantes. Priorizam-se os debates políticos que atendem a estes interesses e, por consequência, garantem a permanência dos seus representantes no poder.

A despeito de o Brasil ser, em tese, um estado laico, sabe-se que o Congresso é composto por políticos de variadas ideologias, origens e posicionamentos. Dentre eles, abundam representantes do conservadorismo e que importam influências religiosas para as discussões políticas, o que por vezes prejudica a normatização imparcial e isonômica.

Diante desse verdadeiro descaso, os transexuais ainda se veem dependentes das imprevisíveis e dissonantes decisões do poder Judiciário para pleitear os direitos que a lei não lhes assegura, inclusive garantias fundamentais de envergadura constitucional e, portanto, imperativas, como a igualdade e a não-discriminação.

A fim de assegurar uma vida mais digna a essas minorias, é decisivo que o ordenamento jurídico brasileiro se comprometa de forma mais devotada a disciplinar os direitos dos transexuais, seguindo a tendência de possibilitar que vivenciem o seu sexo psíquico e que de acordo com ele sejam socialmente reconhecidos. Conferir-se-á, assim, a segurança

jurídica de que esses indivíduos carecem, viabilizando gradativamente a sua inserção no seio social.

Tão relevante quanto a regulamentação de aspectos relacionados à transexualidade é o acesso, por parte da sociedade, à informação sobre o tema, nos mais diversos âmbitos, de modo a perceber os efeitos negativos do preconceito replicado pelo senso comum, uma vez que a pessoa transexual é tão digna de respeito e felicidade quanto as demais. A mudança de paradigma deve partir de todos.

Que seja cultivada, enfim, a cultura da tolerância.

REFERÊNCIAS

PENNA, Iana Soares de Oliveira. **A possibilidade jurídica da autodeterminação de gênero no Brasil e seus reflexos no direito de família**. 2017. 246 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. **Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 28 jul. 2017.

CHAVES, Débora Caroline Pereira. **Afinal, quem sou eu para o direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil**. 2017. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016**: Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2016. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

ACAYABA, Cíntia. MACHADO, Livia. G1 São Paulo. **Brasil tem a primeira advogada transexual trabalhando com nome social**. Publicado em 10 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-tem-primeira-advogada-transexual-atuando-com-nome-social.ghtml>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70067749291**.

Relator: Jorge Luís Dall’Agnol – 7ª Câmara Cível. **DJe**, 02 Jun. 2016d. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

ALVARENGA, Juliana Mendonça. **Transexualidade e seus reflexos no direito e registro civil**. 2016. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 845.779/SC**. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso. **DJe**, 13 nov. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. **Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em 29 jul 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942.

TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. **A Possibilidade de Aplicação da Lei Maria da Penha às Transexuais Femininas Vítimas de Violência Doméstica**. In: **jus.com.br**. São Paulo, ago 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36778/a-possibilidade-de-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-transexuais-femininas-vitimas-de-violencia-domestica>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

POLARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A DINÂMICA ENTRE RÚSSIA E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA¹

Antonio Oliveira²

Deborah Paz³

Magna Campos⁴

RESUMO:

As relações entre Estados Unidos e Rússia, sejam de aproximação ou de distanciamento, repercutem e influenciam vários setores mundo afora. Neste sentido, o artigo desenvolvido visa explorar, por meio de pesquisa bibliográfica histórica básica, algumas das questões da polarização das relações internacionais inerentes aos dois países mencionados.

Palavras-chave: Polarização. Relações Internacionais. Rússia. Estados Unidos. Autoridade. Soberania.

INTRODUÇÃO

As relações entre Estados Unidos (Washington) e Rússia (Moscou) trazem repercussões estruturantes no cenário mundial. Longe de ser estática, sua dinâmica de aproximações e distanciamentos é fator determinante na configuração de suas zonas de influências, posicionamentos e motivações, que delineiam o sistema internacional.

¹ Versão primeira elaborada para a disciplina Introdução ao Estudo das Relações Internacionais, ministrada pelo professor Fúlvio Eduardo Fonseca do curso de Direito da UNB (Universidade de Brasília).

² Graduando em Direito pela UNB.

³ Graduanda em Direito pela UNB.

⁴ Professora universitária, mestre em Letras e escritora.

O caráter de polarização em dois centros de poder, Estados Unidos e Rússia, foi a grande característica da atípica Guerra Fria e, dessa forma, esse aspecto também será investigado, tendo em vista que, por meio de distintas ferramentas, ainda há certa polarização entre Moscou e Washington. Haja vista, por exemplo, o mal-estar causado recentemente pela suspeita de apoio secreto de Vladimir Putin, presidente da Rússia, para eleger Donald Trump, candidato republicano, em lugar de Hillary Clinton, candidata democrata, nos Estados Unidos.

As divergências políticas entre Moscou e Washington, em muitos casos, são forçadas pela zona de choque de interesses, diga-se, nem tão conflitantes assim, entre a Casa Branca e o Kremlin. Isto, pois, muitas vezes o interesse em disputa é a relevante atuação internacional, a qual se equipara a uma pura política estratégica de reforçar a atuação externa e ampliar as zonas de influência de ambos os países. Por meio de um dedilhar histórico, procurou evidenciar as experiências russas e americanas, na formação de um caráter internacional sólido, bem como as razões que fundamentaram a agenda de cada um desses países.

Dessa forma, haverá uma retomada histórica em que trataremos das características de suas relações exteriores e a participação desses países nos organismos internacionais, assim também serão tratados seus desdobramentos atuais, cujo ponto importante é a Guerra Civil na Síria, em que, diante de um cenário marcado por tensões, as previsões nem sempre

são assertivas e só o desenrolar da história dará o tom correto de seus mais recentes acontecimentos.

2. POLARIZAÇÕES NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

Através de múltiplos fatores, entre eles os políticos, econômicos, estruturais e militares, pode-se dizer que os Estados Unidos detêm, e já perdura há algum tempo, uma hegemonia, a qual faz com que ele ocupe um papel de centralidade no cenário internacional. A história dos EUA é marcada por constantes esforços para a manutenção de posto de maior potência mundial, lugar que se cristalizou com a saída do país como o grande vitorioso da segunda guerra mundial, cujos financiamentos a países europeus garantiram sua supremacia econômica, desdobrando-se ao seu maciço combate aos regimes comunistas, durante a Guerra Fria também.

2.2 EUA: ASCENSÃO DE NIXON E FIM DA GUERRA FRIA

Com o discurso contrário a guerra do Vietnã, Richard Nixon vence, em 1969, as eleições para a presidência. Nixon é inserido numa fase delicada tanto política quanto economicamente, haja vista o aumento da concorrência global e crises no Sudeste Asiático e no Oriente Médio e a implosão de movimentos nacionalistas. Seu posicionamento referente à

política externa, ao contrário do até então adotado, é o da responsabilidade compartilhada. Dessa forma, na resolução de conflitos internacionais, seus aliados possuem maior atuação, sendo agora sócios na manutenção da ordem mundial (AYERBE, 2002).

A ideia de compartilhamento partiu de Kissinger, assessor especial para a segurança nacional, no primeiro mandato de Nixon, que identificou a necessidade de superar o sistema bipolar em prol de um multipolar, que contivesse vários centros de lideranças, e, com isso, transformando os EUA em líder em vez de dominador. Decorre daí que a principal característica desse momento presidencial foi a de “equilíbrio de forças”, fato que evitou o conflito direto das superpotências da época (AYERBE, 2002). Foi essa nova configuração de comportamento que deu origem a *détente*, que teve como objetivo ganhar tempo e prescindir de confrontos, por meio de uma espécie de relaxamento de tensões. Assim,

quanto mais a confrontação com o Ocidente era adiada, mais inadmissível se tornaria a tarefa de manter unido o Império Soviético, especialmente visto que seus problemas políticos eram agravados por estagnação econômica. Em outras palavras, Nixon acreditava que o tempo estava do lado dos Estados Unidos, e não do mundo comunista (KISSINGER, 1994, p. 714, *apud* MOTA, 2011, p. 42).

tradução do autor

O escândalo de Watergate⁵ põe fim ao governo Nixon, com sua renúncia. A *détente* assim entra em declínio, embora seu sucessor, Gerald Ford tenha mostrado inclinação em mantê-la. Esse desgaste em todos os aspectos conduz a eleição de Jimmy Carter, em 1976. Sua postura nas relações internacionais era voltada a uma política de paz e voltada aos direitos humanos, inclusive através da intervenção da Organização dos Estados Americanos (OEA), mostrava-se decidido a combater os regimes ditatoriais que se alastraram na América Latina. Nessa mesma linha, estabeleceram-se acordos com a antiga União Soviética, os tratados de SALT-2, para que ambos os países reduzissem seus armamentos nucleares. A recessão na economia mundial, causada principalmente pela crise do petróleo, juntamente com três súbitas revoluções: a Islâmica, no Irã; a Revolução Nicaraguense e a Invasão soviética do Afeganistão, tiram as chances de reeleição de Carter.

Assim, em 1980, iniciam-se os “anos Reagan”, cuja série de políticas econômicas que atingiam, principalmente, a estrutura do gasto público, a política tributária e monetária surtiram efeitos positivos e foram principais catalisadores para sua reeleição (AYERBE, 2002). Sua atuação na política externa era sustentada pelos pilares da extensão dos poderes

⁵ O caso Watergate começou em 17 de junho de 1972, quando cinco homens foram presos tentando instalar aparelhos de escuta na sede do Partido Democrata, localizada no edifício Watergate, em Washington. Era época de eleições americanas e o presidente Richard Nixon, candidato a reeleição, negou qualquer participação com o ocorrido. Mas após investigação promovida pelo jornal The Washington Post, com a ajuda de um informante denominado Garganta Profunda, descobriu o envolvimento do presidente, já reeleito, o que culminou com a renúncia de Nixon em agosto de 1974. Disponível em: <http://zh.rbsdirect.com.br/pdf/5633828.pdf>

presidenciais [...], pelo anticomunismo, pela diferenciação entre Autoritarismo e Totalitarismo e pela militarização da política e da economia (MCCORMICK 1995, p.216, *apud* SILVA, 2013, p.2). Tais características, em especial a segunda, foram propulsoras da “Nova Guerra Fria”, com a retomada da corrida armamentista e marcada por uma política ofensiva em relação aos soviéticos, colocado como “Império do mal”. Os efeitos econômicos da administração Reagan na União Soviética (URSS) foram fundamentais para o fim da Guerra Fria, dada às concessões por parte da URSS com a ascensão de Gorbachev ao poder. A URSS entra em colapso em 1991, sendo esse o fim oficial da Guerra Fria.

Sucessor de Ronald Reagan, George H. W. Bush (o pai) é eleito em 1988. Com a divisão do mundo ainda vigente, os Estados Unidos tinha uma extensa aliança com os países-membros da OTAN, bem como havia uma melhoria nas relações diplomáticas com a União Soviética. Nesse período, ocorre a Guerra do Golfo, para qual houve consenso, nunca antes dado por parte da ONU, para a declaração de guerra ao Iraque. Os EUA eram um dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e, dessa forma, convenceu todo o conselho.

2.3 PÓS GUERRA FRIA: DE CLINTON A OBAMA

Com o declínio da União Soviética, os Estados Unidos têm a certeza de sua hegemonia internacional. Bill Clinton

assume a presidência e propõe que o contexto global em que o país se encontrava era o momento chave para uma política externa voltada à promoção de valores “universais” de convívio humano. Isso não significou um viés idealista das relações internacionais, mas de uma linha de “defesa combinada da democracia e da liberdade de mercado, como fiadoras da paz mundial” (AYERBE, 2002, p. 266), cuja face realista era sedimentada na posição central dos Estados Unidos no sistema econômico do capitalismo liberal, mesmo havendo a legitimação das bandeiras ideológicas da Guerra Fria (AYERBE, 2002). Foi durante sua presidência que ocorreu a aprovação do Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) entre o país e o México e Canadá. Isso serviria como garantia de "que as conexões ao redor do centro, entre as regiões e as nações mais proeminentes, estejam fortes e seguras" (ALBRIGHT, 1998a, p.10 *apud*, AYERBE, 2002, p. 267).

Em 2000, em eleições bastante controversas, George W. Bush (filho) é eleito. Durante os anos iniciais de seu governo acontecem os ataques de 11 de Setembro de 2001, ao World Trade Center, fato esse que, como foi anteriormente colocado, culminou num estreitamento de laços com a Rússia, mas que foi dissolvido com a invasão do Iraque. Esse acontecimento também propiciou a retomada do unilateralismo, que não perdura por muito, iniciando em 2005 seu declínio quando

o governo George W. Bush percebe que seu modelo de desapego a governança global e endurecimento militar estavam desagradando americanos e estrangeiros.

Com isso, seus acordos que romperam com alianças que permitiam uma imagem positiva da hegemonia voltam a ser negociados. Esta postura de maior engajamento e de ampliação da diplomacia é percebida ainda hoje no governo de Barack Obama, iniciado em 2009 (LEMOS, 2016, p. 125).

É evidente que essa posição não acontece por decisão de um só país. Na contemporaneidade, outros países surgem no cenário, como a Alemanha, Japão, Rússia e China. Manter forte centralização já não é mais possível, no entanto, Pecequillo (2005, p. 16) afirma que “no atual contexto, a habilidade dos Estados Unidos de conquistar, manter, expandir e mesclar as formas tradicionais e as renovadas de poder, cada vez mais definirá suas possibilidades internacionais e o alcance e efetividade de sua ação externa”.

Por fim, em 2008, Barack Obama assume a presidência, assim como Dmitri Medvedve é eleito na Rússia, e, nesse momento, cresce o otimismo na perspectiva de melhora na relação de ambos, representada até por um botão de “recomeçar. No entanto, essa expectativa não se concretizou, pelo contrário, tendo a Crise Ucraniana, em que a NATO e os EUA acusam a ex-União Soviética de fornecer apoio militar às repúblicas populares no leste da Ucrânia, somando-se também as divergências de posicionamento sobre a Guerra Civil na Síria.

2.4 RÚSSIA

A Federação Russa teve sua história marcada por turbulentos processos de afirmação soberana, desde sua definitiva separação da URSS, no natal de 1991. A criação de um Estado soberano Russo, carregava em si, ainda, vestígios de uma URSS presente em Moscou. Partindo da conclusão de sua independência, a Federação Russa trilhou um longo caminho, para retornar ao quadro de superpotência da falecida União Soviética. Este estudo põe-se a analisar a atuação russa em sua projeção internacional como polo de influência do mundo contemporâneo, partindo da abertura expressa ao liberalismo ocidental na era Yeltsin, para a concepção de uma Rússia como autora ativa em um quadro multipolarizado, com a era de Putin-Medvedev.

2.5 DO FIM DO BLOCO SOCIALISTA À ERA YELTSIN

Os primeiros anos da Federação Russa como Estado Soberano maculam-se de grande retomada as medidas de Gorbachev frente aos anos finais do bloco socialista. A abertura da URSS à economia mundial fora concebida na tentativa de manter o bloco como grande potência global, em uma visão de cooperação com o ocidente para tal. As ações de Gorbachev tentavam manter a coesão do bloco, em um momento em que a alta cúpula soviética já entendia que não se era possível continuar com os elevados encargos da Guerra Fria sobre a economia da União. A política externa da URSS passara a acompanhar um movimento de tranquilização frente ao

ocidente, dando mais entendimento as ações da ONU e a evitar os consistentes vetos aos interesses dos países ocidentais no Conselho de Segurança. Incrementaram-se os apoios da URSS às missões de paz da ONU. Entretanto, a economia do bloco não demonstrava sinais de recuperação e o descontentamento das repúblicas que o compunha já se torna insustentável. A cisão era apenas uma questão de tempo para a URSS.

Com a dissolução do bloco soviético, em dezembro de 1991, Boris Yeltsin assume como o primeiro presidente democraticamente eleito do recém-independente Estado da Federação Russa. Yeltsin assume a presidência da Rússia, herdeira jurídica e história da extinta URSS, com um grande desafio a frente, começando por reestruturar a economia, reinserindo o país como potência global, frear a dispersão e o desequilíbrio institucional do poder político e econômico e enfrentar os ímpetus dispersantes que desafiavam a soberania de suas próprias fronteiras (JUBRAN, 2015).

Mesmo na ausência de uma uniformidade, a política externa de Yeltsin pode ser inicialmente caracterizada como “*Internacionalismo Liberal*”, no qual a Rússia buscou a transferência de uma economia planificada para a de um mercado econômico liberal capitalista, que atendesse e se servisse do mercado global. Para tal, Yeltsin não se limitou apenas a uma aproximação com o mundo ocidental, assim como tentou Gorbachev ao fim da URSS, mas também a uma vinculada percepção da Rússia como *ocidente*. O que pairava

sobre as aspirações da política externa russa no início da década de 90 era que

A percepção dominante dos principais formuladores de política externa era a de que a Rússia, supostamente integrante da comunidade ocidental (ou membro aspirante), compartilhasse dos valores comuns dessa “civilização”. (JUBRAN, 2015, p.79)

Todavia, essa intenção de incorporar o ocidente não se viu próspera por muito tempo, ao passo de que a união das políticas liberais com o interesse pró-Occidente logo se tornou alvo de inúmeras críticas, no espectro político russo.

Mesmo com sua reeleição, em 1996, Yeltsin enfrentou significativas derrotas nas eleições parlamentares. A falta de resultados práticos na recomposição econômica da Rússia corroborava para a rejeição de uma política externa de ocidentalização. A expansão da OTAN para o leste europeu, visando integrar antigos signatários do Pacto de Varsóvia, desmantelava a intenção de aliança pretendida por Yeltsin. Somado a isso, o governo de Yeltsin acumulava os infelizes deslizes militares em relação aos separatistas da Chechênia, o que acarretava a perda de popularidade do presidente.

Monta-se, então, uma reconfiguração na política externa russa, com maior atenção aos interesses nacionais de forma autônoma, desacoplando da visão pró-Occidente, e retornando uma observação maior na região próxima ao Estado Russo. Além do mais, o foco se intensificava nos gigantes asiáticos, com uma dedicação maior a atuação Chinesa e

Indiana na atenção externa russa. O impulso nacionalista, intensificado sobre a Chancelaria de Primakóv, entre 1996 e 1998, não desalinhou completamente a atuação russa na participação junto ao Ocidente, pelo contrário, trouxe significativas cooperações entre a Rússia e a OTAN, bem como a admissão da Federação Russa no G7, que passara a constituir o G8. Ampliou-se também o interesse da política externa russa para desenvolvimentos promissores na América Latina e no Oriente Médio. A economia, por sua vez, apresentava sinais de fôlego, com o PIB se estabilizando em 1996.

Sobre este quadro de intempéries e inconstâncias na condução da Federação Russa, tanto no quadro da política externa, quanto na reestruturação sistêmica do país, Yeltsin abdica da presidência em 1999 e se tem início a Era Putin.

2.6 AUTORIDADE E SOBERANIA: A ASCENSÃO DE PUTIN E DA RÚSSIA

Vladimir Putin assume como presidente em exercício em 1999 pela renúncia de Boris Yeltsin, e se elege, de fato, a presidente da Federação Russa em 2000, após expressiva vitória nas eleições. Putin se elege com a premissa de uma Rússia soberana e influente, tendo os valores nacionais como pilares da atuação política. Internamente, Putin marcou a política russa por uma grande consonância de centro-direita parlamentar, uma expressiva superação econômica, estabilização cambial e política do país, fato que fora embasado

pela ação militar vitoriosa que anexou o território da Chechênia à Federação Russa, em 2000.

Putin se valeu da expressiva valorização da matriz energética no mercado internacional, com um aumento substancial no valor do petróleo e gás natural, o que, associada à desvalorização do câmbio russo, aumentou e fortaleceu a competitividade dos setores nacionais. Apesar do caráter de cunho fortemente liberal, Putin valeu-se de uma ação pragmática e de incremento substantivo, em vez de aplicar um choque estrutural como fora o início do governo Yeltsin.

A política externa de Putin visou reformular o quadro apresentado na década de 90, reestruturando a atuação russa frente ao apoio do ocidente. Ao assumir a presidência, Putin encontra uma relação com os Estados Unidos em nível bastante distenso e torpe, o que se altera com o atentado de 11 de Setembro de 2001. Putin foi a primeira autoridade internacional a demonstrar apoio as ações de Washington pós 11/9. Na visão de Putin, acordar junto aos EUA um combate ao terrorismo valeria de premissa para catalogar em tal definição os rebeldes separatistas chechenos, internacionalizando a guerra ao terrorismo e validando, assim, a ação russa na Chechênia. O alinhamento aos EUA, entretanto, não sobreviveria por muito tempo na questão sobre o terrorismo, tendo a retirada de apoio da Rússia aos Estados Unidos com a invasão do Iraque em 2003, o qual representava um fiel aliado econômico e político de Moscou.

A ação militar contra o Iraque sob Saddam Hussein, planejada e já abertamente

discutida no final de 2002, foi alvo de fortes críticas por parte de Alemanha, China, França e Rússia; contudo, nenhum dos três últimos logrou impor seu poder de veto no CSNU; a matéria sequer chegou a ser abertamente discutida naquela instância. Apesar de não conseguir evitar a ação belicista, a Rússia saiu-se não completamente derrotada, pois uma cisão intraocidental (entre Estados Unidos e Reino Unido, por um lado, e França e Alemanha, por outro) havia sido criada. Esse evento permitiu à Rússia elevar novamente o tom das críticas endereçadas a Washington, ainda que tivesse a companhia, naquele momento, de Alemanha e França. (JUBRAN, 2015, p.90)

Logo, a ação do Kremlin foi a de converter essa intempérie de ações contra o ímpeto militar americano no Iraque em forma de uma cisão nas potências ocidentais, inserindo com maior autonomia a figura da Rússia no cenário internacional.

As atitudes de Putin frente à Federação Russa lhe renderam enorme popularidade, fato que se confirmara na sua reeleição em 2004, já no 1º turno, ultrapassando os 70% dos votos válidos. Isso conferiu um aprofundamento na inserção política de Moscou no cenário internacional, galgando novamente o posto de potência global à Federação Russa. A intervenção estatal foi reforçada e a atuação de Putin nos diversos setores do poder se tornou quase hegemônica, chegando até a supressão das eleições para os executivos locais, sendo a indicação presidencial aprovada pelos legislativos locais aplicada no lugar (JUBRAN, 2015).

Externamente, a Rússia intensificara a política de atuação em focos regionais e para além do imperativo União Europeia-EUA. Fato que fez com que a Federação Rússia desse substancial encargo a parcerias político-econômicas e militares, como o BRICS, a Organização de Cooperação de Xangai (OCX) e o G20 (SOUZA; MACHADO, 2015). A despeito da ONU, a Rússia considerou sua participação como identidade de representação internacional de altíssima importância, uma vez que superaria o “*impasse*” de soberania internacional e atuaria para além de interesses escusos de agentes específicos. Por trás desse discurso de defesa, as soberanias nacionais dos Estados-Membros e de atuação internacional pacífica e respeitosa, a intenção de Moscou era a de fortificar um órgão sobre o qual sua vontade se valesse, pelo seu poder de veto no Conselho de Segurança da ONU. Desta forma, A Rússia apoia a reconfiguração do mesmo Conselho com a admissão de países como o Brasil, a África do Sul e a Índia, os quais acompanham os ideais de autoridade internacional da Rússia e convergiram seus interesses de modo contra hegemônico à presente composição das potências Ocidentais no Conselho.

A figura da Rússia como advogada do direito internacional, da ONU e da via diplomática (SOUZA; MACHADO, 2015, p.58) visa agir de relevância internacional frente a uma figura deturpada deixada pela gestão Bush, e, sutilmente, suavizada pelo governo Obama, de que os EUA tentam se por sobressalentes às condutas e normas internacionais.

Tal empenho russo na projeção de uma figura de influência no concerto internacional se dá por uma força do *soft Power* (SOUZA; MACHADO, 2015), em que a Rússia se vale deste instrumento para se lançar no cenário internacional como modelo bem sucedido a ser admirado e desejado, tendo no exemplo russo a projeção do sucesso econômico, político, militar e institucional. Putin quis levar a imagem de uma Rússia admirável e invejável como forma de construir apoio e alianças no diagrama globalizado.

A partir de 2009, com o novo governo Obama e o governo de Medvedev (que não trouxe significativas discrepâncias do governo Putin, sendo que este fora nomeado Primeiro Ministro de Medvedev), as relações da Rússia com os Estados Unidos foram amenizadas e de certo modo melhoradas. A implementação do plano START III, em 2010, sobre o qual ambos os países acordaram a redução dos estoques de armamentos atômicos pela metade, a desistência dos EUA de implementarem um escudo antimíssil e um radar bélico, respectivamente na Polônia e na República Tcheca, bem como o restabelecimento do Conselho OTAN-Rússia foi um demonstrativo desse intento de melhora nas relações bilaterais entre ambos os países (JUBRAN, 2015).

Todavia, a retornada de Putin para seu terceiro mandato, em 2012, não contentou aos americanos, e, mais uma vez, a relação Moscou-Washington viu-se seriamente afetada. Ambos os países retornaram a um quadro da última década do século XX, e as tensões sobre a participação de

ambos na resolução de conflitos internacionais, bem como a questão da Síria e da Ucrânia, parece o limiar de um novo desentendimento entre duas potências das proporções militares preocupantes e de influência política estratégica no mundo globalizado.

E se aguarda o desenrolar das relações entre o atual presidente americano, Donald Trump, que assumiu a presidência em 2017, e Vladimir Putin, novamente no poder desde 2012, para se conhecer os rumos dessa relação entre esses dois agentes mundiais.

CONCLUSÃO

O presente estudo visou contemplar o espectro politicamente estratégico da polarização internacional entre dois agentes opostamente atraídos no globo. As relações Rússia-EUA (Moscou e Washington) são marcadas por uma história de idas e vindas, nas atuações bilaterais entre as duas nações. Buscou-se fazer notável a zona de influência sobre a qual cada um desses países buscou solidificar sua agenda externa e apresentar-se no cenário internacional como protagonistas da organização internacional do mundo globalizado.

Washington nunca viu desvencilhar-se por completo sua exposição externa hegemônica no chamado mundo ocidental. Apesar de a figura presidencial da Casa Branca ter uma composição sutilmente menos central na política

americana do que no caso russo, pode-se determinar um quadro personalista das ações dos EUA frente a assuntos externos, como a caso da atuação na ONU e nos órgãos internacionais. O gigante americano não apenas se vê para além do direito internacional, como mostrou agir autocraticamente frente a decisões internacionais, a respeito da invasão do Iraque de 2003 e do apoio à intervenção militar da OTAN, na Líbia em 2011. Essa tentativa de levar o modelo americano de democracia aos governos “autoritários”, assim definidos pelos EUA, apesar de certo apoio do aparato externo das potências ocidentais, já não se encontra mais livre de críticas e totalmente respaldado nas opiniões dos próprios órgãos internacionais e de próprios Estados aliados. E desse conflito, denominada de *cisão intraocidental*, a Rússia faz-se valer para lançar-se cada vez mais como grande potência, por meio da via diplomática. O que não restringe sua participação militar em defesa dos seus próprios interesses soberanos, como ao caso das Guerras da Chechênia, a atuação russa nas chamadas *Revoluções Coloridas* nas antigas repúblicas soviéticas, e a questão do conflito da Ucrânia, com a anexação da Criméia pelo Estado Russo.

A Rússia caminhou por trilhos mais intempestivos que os Estados Unidos, após a queda da URSS. Todavia, retornar ao quadro de superpotência não se baseava apenas no orgulho dos herdeiros do bloco socialista, mas sim na questão da defesa do interesse russo frente a sua inserção no mundo globalizado, ou como visto, na “*civilização ocidental*”. As turbulências internas

que afetaram os setores econômicos, políticos e institucionais da Federação Russa, durante a década de 1990, proporcionaram uma grande questão ao quadro político russo, a centralidade quase absoluta da figura que o presidente Russo tomaria no novo milênio, o que de fato aconteceu. Putin não assume o governo da Rússia apenas como autoridade máxima e representante do povo, mas personaliza e encarna a vontade russa para em sua atuação. A execução de uma retomada ao papel de potência global não se daria por uma mera ocidentalização da Rússia, mas Putin executou uma verdadeira atuação soberana do Estado Russo por meio da via internacional. O legado da URSS, a cadeira permanente no Conselho de Segurança da ONU, foi arma-mor da atuação russa na defesa de sua agenda externa e de garantir seus interesses. Na verdade, foi a única trincheira de combate que restou a Moscou no plano externo, fazer valer-se de sua atuação no CSNU era questão de implicar no concerto internacional a voz da Rússia. Aqui cabe a defesa da Federação Russa como advogada e tutora da via diplomática e do direito internacional.

A máxima cunhada pelos estadistas europeus ao século XIX, *“Russia is never as strong as she looks; Russia is never as weak as she looks.”*, mostra-se o mais atual possível, sendo até mesmo pronunciada por Putin, em 2002, da seguinte forma: *“Russia was never so strong as it wants to be and never so weak as it it thought ti be.”* (PINTO, 2013). De fato, em vias econômicas, tecnológicas e até mesmo militares, a Rússia ainda encontra um grande abismo frente aos Estados Unidos.

Todavia, sua atuação na política internacional não é fator a ser desconsiderado quando se trata dos interesses de *externalização* da visão americana para o mundo. A Casa Branca não tem carta branca para levar seus interesses particulares a quem quer seja, como outrora fizera, seja através da inconsistente legalidade da “guerra ao terrorismo”. Moscou não demonstra mais escusar-se de impedir que situações como as do Iraque e da Síria ocorram novamente, assim sendo, percebe-se o grande conflito que se impõe a nível do CSNU na questão da guerra na Síria, onde a ação americana encontrou sucessivos vetos russos. E a Rússia não se encontra mais isolada no cenário político externo.

Seja entre grandes potências, seja entre os emergentes, Moscou vem construindo e fortalecendo seus laços de cooperação para além da visão ocidental de poder. E, em uma ação de influência, a Rússia parece valer-se do *Soft Power* com deveras mais destreza que os EUA, *a priori*, o modelo a ser seguido, ou assim se viram na construção de uma sociedade globalizada aos moldes ocidentais. Todavia, o modelo americano, já soa ruir por entre o concerto internacional, e Moscou não planeja desistir de retomar ao posto de superpotência global.

REFERÊNCIAS

AYERBE, Luís F. **Estados Unidos e América Latina: a construção da hegemonia**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

JUBRAN, Bruno M. *A Política de Grandeza da Rússia em Formação: uma síntese do período pós-soviético*.

Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, v.36, n.129, p.71-98, jul./dez. 2015.

LEMOS, Marcelo R. A atuação política dos Estados Unidos no cenário internacional: notas introdutórias. **Conjuntura Global**, v. 5, n. 1, p. 115-130, jan./abr., 2016.

MOTA, Luiz G. R.. **A política externa norte-americana na Guerra fria**: análise da détente no período Nixon-Kissinger. São Paulo, FAAP, 2011.

PINTO, Thiago D. M. **Combate ao Terrorismo Internacional**: uma perspectiva comparada entre os Estados Unidos da América e a Federação Russa. Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SOUZA, Bruno M.; MACHADO, Lauren. A política externa e a atuação russa no Conselho de Segurança das Nações Unidas de 1991 a 2014. **Revista de Geopolítica**, v. 6, n. 1, p. 46 - 64, jan./jun. 2015.

DIÁLOGOS ENTRE LÉVINAS E RICOEUR ACERCA DA ÉTICA E DA ONTOLOGIA

René Dentz¹

RESUMO:

Lévinas vê relação ética na relação com o Infinito, “na dupla estrutura do infinito presente no finito, mas presente fora do finito”. Enquanto Husserl vê no cogito uma subjetividade sem nenhum apoio fora dela, e apresenta a própria idéia do infinito como objeto, Lévinas vê no cogito uma porta aberta – a não constituição do infinito em Descartes. Para nosso filósofo francês contemporâneo, a idéia do infinito não é objeto, mas através dela se revela o caráter transcendente da metafísica que precede a ontologia. A filosofia de Ricoeur se mostra como uma passagem de uma fenomenologia transcendental a uma fenomenologia propriamente ontológica. Sua atenção volta-se para mostrar os recursos de uma fenomenologia da vontade, na direção de uma passagem para a ontologia. A fenomenologia revela um não ser específico da vontade, algo como uma deficiência ontológica própria da vontade. A interpretação minuciosa dessa negação pode ser entendida como uma fenomenologia das paixões (ambição, avareza, ódio, etc.), uma reflexão filosófica sobre a culpabilidade.

Palavras-chave: Ontologia; Infinito; Fenomenologia; Ser.

INTRODUÇÃO

Segundo Lévinas, o Outro é o primeiro momento de inteligibilidade. No entanto, o mesmo não pode cair em uma estratégia de representação. Se assim o fosse, teríamos apenas uma forma de aprisionamento do ser, objetivando-o. Assim, a

¹ Doutorando em Teologia FAJE dentz@hotmail.com

consciência moral passa a ser vista como uma relação, não apenas como subjetividade e o agir. A liberdade seria possível a partir do espaço entre os seres, não como instância do ser, do agir. Nesse sentido, Lévinas ressalta a exterioridade e não a liberdade como interioridade, o que o faz se distanciar radicalmente da tradição filosófica de interioridade. “Ética”, a partir de Lévinas, passa a ser concebida como liberdade “entre” o ser. Nesse aspecto, a proposta de Lévinas suscita uma espécie de “mal-estar” na cultura ocidental. Ao contrário de Descartes, o infinito é inserido na reflexão não como forma de mencionar a Deus, mas sim a própria dimensão Ética.

A Religião em Lévinas se coloca como uma diferente forma de pensar Deus. A questão Ética é da ordem da experiência, no sentido de um encontro, de uma aproximação. Não se trata a ética como uma forma de agir, mas da ordem do encontro com o Outrem. Dessa forma, não seria possível pensar a Ética como algo fora do existente. Há uma independência da Ética em relação à História. A Ética passa pelo crivo da religião, pois se trata de um lugar de “incompreensão” essencial do Infinito.

Traçando um caminho diferente, Ricoeur toma como ponto de partida a “possibilidade de ser” em sua condição escatológica. A ontologia, para o filósofo cristão, é dinâmica. Essas afirmações implicam na vivência da esperança e da escatologia no âmbito da possibilidade de ser. No caso da ontologia do nome divino, para Ricoeur engloba-se tanto o ser de Aristóteles com o ser do Êxodo 3, 14. É neste alargamento

que Kearney (2006) sugere haver uma passagem do homem capaz para o Deus capaz. A escatologia torna-se, portanto, o “segredo” intelectual e espiritual. A passagem do ser ao além do ser acontece discretamente em um espaço onde surge um horizonte escatológico no qual Ricoeur pode, a partir dele, articular teologia e filosofia.

Desse modo, é de fundamental importância notar que a escatologia em Ricoeur é, segundo Kearney (2006), a escatologia do Deus capaz que vai ao encontro litúrgico do homem capaz. Este encontro dá-se desde um entrelaçamento confessional, como nas narrativas ritualísticas, até o quiasma erótico no livro bíblico Cântico dos Cânticos. Portanto, o centro da escatologia ricoeuriana está no selamento da aliança no ser humano tanto como sabedoria e desejo. É no vai-e-vem nupcial que o Eu posso do homem capaz encontra seu eco no Tu podes do Deus capaz – capaz de ser nomeado – e, vice-versa, diante de uma alteridade do Eu-Tu. É, dessa forma, um movimento duplo de sensibilidade e espiritualidade, de imanência e transcendência, de finitude e infinitude, que comporta a função metafórica do nome divino.

2. LÉVINAS E A SAÍDA DO ONTOLOGIA

A Epifania do Rosto se manifesta em um momento contrário à manifestação cultural. Epifania e Infinito são, a princípio, da ordem da religião. Lévinas busca ressignificar esses conceitos a partir do campo da Ética. O rosto aparece e

desaparece. Ele é da ordem da visão e da palavra. A Linguagem se porta como um modo de saudação, como um “rosto”. A Epifania não pode ser “costurada” pelo meu saber, pois quem fala do outro é o próprio outro. A Ética é o lugar do encontro com o rosto, que é face-a-face, linguagem e epifania. Trata-se de uma ordem do porvir, da promessa. Segundo LÉVINAS (1997, p. 29):

A relação com outrem, portanto, não é ontologia. Este vínculo com outrem que não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, e onde a invocação não é precedida de compreensão, chamo-a *religião*. A essência do discurso é oração. O que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo, aquele que é chamado. (...) Nenhuma teologia, nenhuma mística se dissimula por detrás da análise que acabo de fazer de encontro com outrem e do qual me interessa sublinhar a estrutura formal: o objeto do encontro é ao mesmo tempo dado a nós e em sociedade conosco, sem que este acontecimento de socialidade possa reduzir-se a uma propriedade qualquer a se revelar no dado, sem que o conhecimento possa preceder a socialidade. Se o termo *religião* deve contudo anunciar que a relação com homens, irredutível à compreensão, se afasta por isto mesmo do exercício do poder, mas nos rostos humanos logra alcançar o Infinito – aceitarei esta ressonância ética do termo e todos estes ecos kantianos.

Heidegger havia já feito um trabalho importante contra a ética a partir da representação. Assim, procura demonstrar uma ética ontológica que foge à representação. O ser seria transitivo, “verbalidade”, nada além do evento.

Nessa forma de pensar, afirma Lévinas, o outro desaparece, bem como o sujeito. Trata-se não de uma transcendência, mas uma existência ou, nas palavras do nosso autor francês, uma “ex-cendência”. O ser em Heidegger não é da ordem da generosidade, não é um dom. Lévinas, por outro lado, não substitui o ser pelo outro, mas enfatiza a relação, os dois pólos. Nesse sentido, trata-se de um caminho muito próximo a **Ricoeur**.

Se há relações se inaugura o rompimento da totalidade da guerra, significa interromper a guerra e inaugura-se o novo, o escatológico. Assim, surge uma relação originária com o ser, no interior da experiência. Escapa-se, assim, do ser impessoal que propôs Heidegger. Lévinas propõe aqui a Escatologia da Paz Messiânica, na ordem da experiência, da linguagem, da política e totalitarismos. Dentro da ontologia é possível verificar uma relação entre os sujeitos que, ao falarem, aniquilam as diferenças. Assim, nosso pensador está em um caminho oposto a Hegel, que supõem um caminho do conceito e da consciência rumo a uma totalidade e a um fim. No Estado os sujeitos são “impessoalizados”. Assim, é preciso se voltar para o encontro com o outro, acontecendo uma acolhida. O Eschaton vem justamente do encontro com o outro.

Assim, chegamos à afirmação da Revelação em Lévinas.
Segundo MIES (2012, p. 118):

Para Lévinas, o Infinito ou Deus não se comunica de maneira imediata, mas sim mediata, no face a face com o outro. Não foi a expressão “face a face” herdada da linguagem bíblica? Mas na Bíblia trata-se do face a face com Deus. Face a face vivido por Moisés (Ex 33, 11: “O Senhor falava com Moisés, face a face, como se fala a uma pessoa”), desejado pelo salmista (Sl 13, 2; 17; 15), mas na maior parte das vezes recusado: “não podes ver minha face pois o humano não pode me ver e continuar em vida” (Ex 33,20; 33,23). Esse face a face com Deus é transposto por Lévinas como face a face com o outro.

O rosto do outro não é da ordem do visível, nem mesmo do ver. Ele não é a figura cujos traços da boca ou dos olhos eu possa detalhar. Ter acesso ao rosto não é observá-lo, contemplá-lo, subtrair-lhe o rosto. O rosto é da ordem da palavra. Ele significa não como uma figura sobre um fundo, mas sem contexto, independentemente de seus contextos social, racial, cultural ou religioso, independentemente de sua carteira de identidade ou de seu passaporte. Ele enuncia um mandamento: “não matarás” ou “não cometerás assassinato”.

Esse movimento do primado do Mesmo, que assegura a inteligência do ser, segundo Lévinas, vem desde Sócrates e perpassa toda a história da filosofia ocidental. “O primado do

Mesmo foi a lição de Sócrates: nada receber de Outrem a não ser o que já existe em mim, como se, desde toda a eternidade, eu já possuísse o que me vem de fora. Nada receber ou ser livre” . Na modernidade, com a evidência do cogito cartesiano, conhecimento e conhecido coincidem, como pura experiência do presente sem condição nem passado. Com Husserl, na sua redução eidética, a consciência passa a ser consciência de, a tal ponto do outro ser reduzido a um alter ego. A crítica se destaca na ontologia contemporânea, sobretudo, com Heidegger².

Em Lévinas, a idéia de Infinito supõe a separação do Mesmo em relação ao Outro. No entanto, tal separação, não pode assentar-se numa oposição ao Outro, que seria puramente anti-tética. Nessa relação sem relação, relação assimétrica, cujos termos não desembocam numa totalização, a liberdade é acolhimento do Outro que vem a mim³.

² (...) O pensamento começa com a possibilidade de conceber uma liberdade exterior à minha. Pensar uma liberdade exterior à minha é o primeiro pensamento. Ele marca a minha própria presença no mundo. O mundo da percepção manifesta um rosto: as coisas nos afetam como possuídas por outrem. A natureza pura, quando não atesta a glória de Deus, quando não é de ninguém, natureza indiferente, inumana, situa-se à margem deste mundo humano. (LÉVINAS, 1997, p. 39)

³ A possibilidade de um pensamento é a consciência do milagre ou a admiração. O milagre rompe a consciência biológica, ele possui um estatuto ontológico intermediário entre o vivido e o pensamento. Ele é *começo* do pensamento ou *experiência*. O pensamento que se inicia se encontra diante do milagre do fato. A estrutura do fato, distinta da ideia, reside no milagre. Por aí, o pensamento não é simplesmente reminiscência, mas sempre conhecimento do novo. Mas o milagre não explica o começo do pensamento, ele o supõe de antemão. Não se pode deduzir o pensamento da consciência biológica. Para que o milagre retenha a atenção da consciência viva, só para que um acontecimento, tal como a atenção, possa aparecer nesta consciência, é preciso que a consciência já tenha estado em relação com o todo, sem que esta relação se reduza à absorção pelo todo ou pela morte. O a posteriori do fato remete ao a priori de um pensamento. Ele não pode ser consciência do próprio fato. Deve consistir, para o indivíduo pensante, em colocar-se, por um

Em se tratando da experiência do sentido, não se pode esquecer que o Ocidente grego tem como referência a experiência do Logos, entendida enquanto discurso lógico e coerente da verdade. Lévinas busca inspiração em outra fonte: “refere-se à experiência moral mosaico-profética, que ele confronta com a grega. Concebe que o logos é grego, mas afirma peremptoriamente que o sentido é semita”. No ocidente predominou a “autonomia”, da ordem da mesmidade. Enquanto o Ocidente é discursivo, o oriente é mais auditivo. Daí, entender a filosofia de Lévinas como uma filosofia da escuta, uma filosofia que parte da “escuta de uma antiga e perene sabedoria” que é o amor de Jerusalém.

Em outras palavras, a palavra “Deus” adquire significado somente quando o homem – no espaço e tempo fora do Ser na intriga ética – percebe-se *per-seguido*, expulso de si, ou despido de sua auto-afecção; é *as-signado* pelo rosto do outro. Nessa *in-condição*, o eu é constituído como única palavra que testemunha a palavra “Deus” porque, na situação ética, Deus me vem à idéia como sentido sem sentido. Ele é sem sentido porque, ao *as-signar* o eu na situação ética, ele o convoca a se tornar sinal para o outro homem. O sentido não é senão traço de Deus, de um Deus que, como passado imemorial, é palavra/ordem

lado, em uma totalidade de maneira a fazer parte dela – em definir-se, ou seja, em situar-se em relação às outras partes – em derivar sua identidade do que o distingue das outras partes com as quais se compromete; mas, ao mesmo tempo, consiste em permanecer fora – em não coincidir com seu conceito; em derivar sua identidade não de seu lugar no todo (de seu caráter, de sua obra, de sua herança), mas de *si* – em ser *eu*. (LÉVINAS, 1997, p. 38)

no rosto do outro. Graças ao traço, Deus não pode ser pensado como sentido ou fundamento da relação ética com o outro (RIBEIRO, 2008, p. 452).

Lévinas entende a filosofia como “Sabedoria do amor”. No prefácio à edição alemã de *Totalidade e Infinito*, assim descreve a filosofia: “amor do amor. Sabedoria que o rosto do outro homem ensina”. O rastro do infinito: a “eleidade”.

O aumento da afinidade pela alteridade do outro e da alteridade do outro por aquela do Infinito ou Deus não equivale a uma prova da existência de Deus. A afinidade pelo outro no mandamento fornece prova de sua alteridade e do Infinito do Deus. Segundo MIES (2012, p. 133):

Ao insistir na eleidade de Deus, Lévinas, embora mergulhado em uma tradição judaica, distingue-se de outras correntes do judaísmo filosófico, por exemplo a de Buber, que vê em Deus o “Tu eterno”, ou mesmo a de Franz Rosenzweig, que escreve: “O que é a Redenção senão aprender a dizer Tu ao Ele?”. Lévinas, que o descobre em 1935, cita essa frase trinta anos mais tarde. O desaparecimento do “tu” divino relativiza ainda toda uma longa tradição bíblica, a do *Ad Deum*, presente em particular nos Salmos, onde o salmista é primeiramente o que diz “tu” a Deus. A passagem do “Ele” ao “tu”, do *De Deo* ao *Ad Deum*, não é também a que sustenta todo o drama de Jó? O “age de modo que eu possa te falar” dirige-se também a Deus. Lévinas se distingue assim de Ricoeur, que escreve: “A palavra ‘Deus’, segundo me parece, pertence

primeiramente às expressões pré-teológicas da fé. Deus é Aquele que é enunciado, invocado, interrogado, suplicado, louvado. Deus a quem se diz “tu”.

3. RICOEUR E A FENOMENOLOGIA DA VONTADE

Em se tratando do tema “Liberdade”, uma grande influência de Ricoeur nos seus primeiros escritos foi a do filósofo alemão Karl Jaspers. A filosofia de Jaspers é a filosofia do salto, de um aprofundamento da interioridade, agora reveladora da liberdade. A pretensão jasperiana é moldada com o método de aclaramento da existência que, de uma parte, procura determinar a posição humana de uma filosofia que culmine numa metafísica e, de outra parte, realiza essa filosofia incorrendo sobre um caráter do ser que é inacessível à ciência. O legado de Jaspers nos mostra que “a íntima reunião da exigência espiritual e da humildade que reenvia a um ser dilacerado (cindido), a uma lógica humilhada, é uma atitude que Ricoeur se apropriou de transformá-la em sua singularidade” (DOSSE, 1997, p. 121).

A fenomenologia, por sua vez, resgata o movimento unitário do voluntário e do involuntário, havendo uma superação do estágio puramente analítico da fenomenologia para, como que, estabelecer um movimento de conjunto da vida e vontade. Ricoeur postula que a reflexão faz a vontade chegar ao seu máximo nas determinações de si por si, isto é: eu ME

decido, eu ME determino e determino; o que corresponde a uma relação ativa e passiva do sujeito para si mesmo. Ao atribuir a mim mesmo a responsabilidade pelos meus atos, esta já se mostra presente em minha consciência. Assim, “o primeiro possível inaugurado pelo querer não é o meu próprio poder-ser, mas a possibilidade do acontecimento da obra no mundo projetando agir. É o poder-ser feito” (RICOEUR, 2004, p. 75-76), que significa a possibilidade de ação da minha liberdade.

Trata-se de uma abordagem diferente, o ligar as paixões a um princípio discutível como o da culpabilidade, interpretada também como um *não ser*. Ricoeur considera o tratamento dado pela psicologia às paixões como deficiente. A paixão não é um grau da emoção nem do involuntário. O fenômeno da paixão vai além da psicologia ordinária caracterizando uma maneira de ser total do voluntário e do involuntário. Ela “não é uma função, uma estrutura parcial, mas um estilo de conjunto, uma modalidade de escravidão que tem sem dúvida a sua intencionalidade própria (a do ciúme, da ambição, etc.)” (RICOEUR, 2004, p. 81). O autor afirma que é possível encontrar nas funções do involuntário (desejo, hábito, emoção), o caminho de infiltração e proliferação das paixões; entretanto, coloca também que as paixões são a própria vontade em um modo alienado. Daí se explica que

O fenômeno da paixão diz respeito ao *ethos* humano em seu conjunto: sob o regime das paixões, os valores que poderiam ser inerentes ao querer como seus impulsos primitivos e aos quais o querer se acha aberto pela motivação, se

opõem a ele na transcendência hostil do dever; trata-se da moral, da *dura lex* que condena sem ajudar e “atiça a concupiscência” (RICOEUR, 2004, p. 82).

Encontramos em “O Voluntário e o Involuntário” as estruturas pré-éticas do homem livre, da vontade finita. No entanto, a produção de uma inteligibilidade do sentido voluntário-involuntário foi feita sob a abstração da falta e da transcendência. Trata-se de uma abstração relativa à espontaneidade do corpo próprio e relativa à paixão – enquanto vertigem que tem sua fonte na alma mesma – de ser o que se é: na falta e na culpa.⁴

No que se refere ao problema da culpabilidade, o autor não o vê como claramente definido, ao contrário, como composto por um emaranhado de aporias. Os sinais de cada paixão devem ser decifrados por meio de seu uso da vida e da cultura. É necessário decifrar os sinais de cada paixão pela vivência e pela cultura, tornando difícil uma fenomenologia das paixões, limitada pelo caráter mítico da noção de culpabilidade. O mito mostra-se irreduzível a uma compreensão filosófica puramente racional, o que colocaria a falta ou a culpa alinhadas ao sofrimento e à morte. Adicione-se a essa

⁴ Le témoignage historique a la même structure et la même fonction. I est, lui aussi, une “presentation”, une “exhibition” de ce qui pour la réflexion reste une Idée, à savoir l’idée d’un dépouillement tel que nous y affirmons un ordre exempt des servitudes dont l’existence finie ne peut se délivrer. Le rapport kantien entre l’Idée et sa “presentation” esthétique exprime bien la sorte de rapport que nous cherchons à formuler entre l’affirmation originaire – qui exigerait une impossible médiation totale entre la conscience de soi et son expérience symbolique – et sa presentation historique dans des témoignages dont nous n’avons jamais fini d’épuiser le sens. (RICOEUR, La Révélation, p. 53)

abordagem uma aporia relativa ao não ser, que se constitui em *vaidade e poder*.

Por um lado, toda paixão se organiza em torno de um “nada” intencional, que o mito representa com imagens de trevas, de abismo inferior, de corrupção, de servidão. Este nada específico, este “vão” é que habita a suspeita, repreensão, injúria, censura, e faz de toda paixão uma corrida atrás do vento. No entanto, do outro lado, a paixão une indissolivelmente grandeza e culpabilidade [...] A paixão é poderosa e faz o homem poderoso. A mentira da paixão reside precisamente no investimento da responsabilidade em uma fatalidade estranha que possuiria e arrastaria consigo o querer. Por isso, o mito lhe dá o nome de demônio e ao mesmo tempo de nada e trevas (RICOEUR, 2004, p. 83).

4. RICOEUR E LÉVINAS: HERMENÊUTICA E PÓS-HERMENÊUTICA DA IDEIA DE REVELAÇÃO

A exegese revelou diversos gêneros literários da Bíblia no próprio interior das grandes categorias: discurso profético, narrativo, prescritivo, sapiencial, hínico, etc. Em uma palestra sobre “A hermenêutica da ideia de Revelação”, na Bélgica, em 1976, Ricoeur demonstra como essa pluralidade de formas literárias permite deixar de lado o conceito unívoco de Revelação para se alinhar a um conceito substancialmente polissêmico do ato de revelar:

Seria um erro tomar essas formas de discurso por simples gêneros literários que se deveria neutralizar para extrair-lhes o conteúdo teológico (...). Os gêneros literários não constituem uma fachada retórica que seria possível demolir para descobrir um conteúdo de pensamento indiferente ao veículo literário. (RICOEUR, *Herméneutique de l'idée de Révélation*, p. 30-31).

A reação de Lévinas, no mesmo ambiente universitário, foi no sentido de demonstrar a prevalência do prescritivo na leitura judaica da Bíblia, especialmente na centralidade do mandamento “não matarás”. Aqui se encontra uma fundamental aliança com uma filosofia ética, com a primazia de uma perspectiva deontológica sobre uma perspectiva teleológica. A ética afirmada por Lévinas está centrada na norma, em torno da pergunta: “O que devo fazer?”.⁵

O senhor Ricoeur expôs magistralmente a organização do Antigo Testamento, comum ao judaísmo e ao cristianismo. É claro que isso me desobriga de voltar aos diversos gêneros literários da Bíblia: textos proféticos, narrações de eventos históricos fundadores, textos prescritivos, sapienciais e hinos, e ação de graças. Cada gênero teria uma função e um poder revelador.

⁵ (...) L'être humain ne serait-il pas, plus qu'auditeur, aussi le "terrain" unique où l'extériorité arrive à se montrer? Le personnel – c'est-à-dire le "de soi" unique – n'est-il pas nécessaire à la perعة et à la manifestation s'opérant de l'extérieur? L'humain comme rupture de l'identité substantielle, n'est il pas, de soi, la possibilité pour un message venant du dehors de ne pas heurter une "libre raison", mais d'y prendre la figure unique qui ne se réduit pas à la contingence d'une "impression subjective"? La Révélation en tant qu'en appelant à l'unique en moi – voilà la signification propre du signifier de la Révélation. (LÉVINAS, *La Révélation*, p. 60)

Mas, talvez, para a leitura judaica da Bíblia essas distinções não se fazem com a mesma nitidez da luminosa classificação que nos foi proposta. Lições prescritivas – presentes sobretudo no Pentateuco, na Torá, chamada de Torá de Moisés – têm para a relação com Deus um privilégio na consciência judaica. Elas são exigidas em todos os textos. (LÉVINAS, *La Révélation dans la tradition juive*, p. 77).

Segundo Lévinas, a criação é um dom do ser. O que a narração apresenta em uma ordem cronológica, inicialmente o dom da criação, em seguida o dom da Lei, primeiro o dom, em seguida o mandamento, é a maneira de uma narração de indicar uma ordem no princípio. O dom vem primeiro.

Assim também, no face a face, talvez eu não possa exigir que o outro se exponha para mim, se dê, me carregue na existência até sofrer com isso, mas posso reconhecer que alguém já o fez em relação a mim. A assimetria permanece, mas mudou de sentido. Ela não é mais apenas pelo outro, mas o reconhecimento infinito pelo dom recebido pelo outro. O Messias sou eu, pois não posso exigir de ninguém, exceto de mim mesmo, tal responsabilidade. Tu és o Messias, pois te arriscaste por mim, deste e te deste para me fazer existir. (...) A antecedência do outro permanece, assim como a assimetria da relação, mas essa assimetria não exclui a reciprocidade. Há sem dúvida uma troca, mas aquilo que dou não é necessariamente a mesma coisa que tu me dás. Eleição e aliança. (MIES, 2012, p. 142-43)

Para Lévinas, a filosofia é sem consolo porque ela também é sem promessa. O face a face, tal como ele mesmo o descreve, também não tem promessas. Agir (como Moisés), sem entrar na Terra Prometida, mas também agir sem ter sequer o horizonte da terra prometida; servir, sem esperança para si. Ser fiel ao próprio mandamento, sem promessa, sem que a promessa seja a razão da fidelidade, porque o outro é o outro, porque a Torá é a Torá. Desinteresse total. (MIES, 2012, p.143)

Deus é amor, em vez de **ser**, e revela a divindade como amor aos que amam. O amor funciona, segundo Marion, como princípio hermenêutico e permite que novos fenômenos possam ser vistos. Trata-se de conhecimento que se alcança por meio do encontro fundamentado no movimento da vontade. O conhecimento de Deus na forma de amor realiza-se quando Deus capacita o amante a amar. Ou seja, Deus não é mais conhecido como objeto, mas no crescente excesso de doação, como Dom. Este conhecimento é, portanto, dependente da preparação do amante para designar a “experiência” de excesso com o nome de “Deus”. O dom nos capacita a ir além do ser da metafísica: ele desafia até mesmo a diferença ontológica tornando-a inútil ou sem sentido. O nome de Deus, que é teológico por excelência é algo a ser apagado em nome da imensa transcendência de qualquer conceito a seu respeito. Buscar um pensamento incondicionado por algum sujeito e sem limites de horizonte é um sonho que se finaliza no momento em que surge a linguagem. O nome de Deus deveria

ser um traço que se apaga por si mesmo. Assim, a teologia negativa percebe que o caminho para a divindade além de Deus, ao Deus além do traço, é o desvio do ato fático. Afinal, Deus só pode ser atestado como inconcebível⁶.

A linguagem dada a nós agita-se com diversos dons, e se inquieta com palavras de força donativa, como “dom”. A indeterminação é justamente o que permite a promessa, que, por sua vez, possibilita o perdão. A inquietação descreve os gemidos da história e da linguagem para produzir o evento da vinda do totalmente outro, do futuro imprevisível. A história e a linguagem movimentam-se no ambiente da **promessa**, do espaço aberto entre o passado e o futuro.

Aqui se coloca a questão da relação entre alteridade e temporalidade na esperança. Um dos possíveis fundamentos da esperança é a promessa, palavra dada pelo outro. Palavra dada que pede minha confiança. Palavra dada no passado, na qual me apoio no presente, aberta a um devir não necessariamente melhor, que conheço pouco, exceto pelo fato de ser feito da mesma fidelidade daquele que o prometeu. A memória da promessa nutre a esperança. O tempo torna-se um amigo, pois é tecido pela promessa mantida do outro. Esse tempo amigo chama-se “história sagrada”. (MIES, 2012, p. 144).

⁶ Somente o ser infinito pode reduzir a diferença na presença. Nesse sentido, o nome de Deus, pelo menos como é pronunciado no racionalismo clássico, é o nome da indiferença. Não devemos, portanto, falar de “preconceito teológico”, funcionando esporadicamente quando se trata da plenitude do logos; o logos como sublimação do traço é teológico (DERRIDA, 1967).

Não é de outra forma que saindo do face a face, através da memória, que posso me apoiar na promessa: ou seja, o face a face abriga um terceiro. Somente ele limita minha responsabilidade para com o outro, pois também sou responsável por ele. No entanto, ele não compôs esse espaço do terceiro, que esteve talvez certa vez diante de mim e que, por meio do dom e da promessa, fornece possibilidade de doar a minha vida pelo outro, como esperança.

O que falta à responsabilidade como princípio de individuação humana é, talvez, que Deus ajuda a ser responsável: essa é a sua ternura. O que se passou em Auschwitz parece-me, às vezes, significar que o bom Deus exige um amor que não comporta nenhuma promessa. O pensamento vai até lá. O sentido de Auschwitz seria um sofrimento sem nenhuma promessa, absolutamente gratuito. Mas mesmo então eu me revolto, pensando que isso é demasiado caro, não somente para o bom Deus, mas para a humanidade (LÉVINAS, *Judaïsme et christianisme*, p. 194)

Na perspectiva levinasiana, o despertar de uma experiência não pode vir do próprio cogito, porque a idéia de Infinito presente no mesmo, não é nem a imanência do eu penso, nem a transcendência do objeto. A experiência também não pode ser reduzido ao mero ser, ao neutro.

Portanto, sob o viés da ética e do infinito, Lévinas entende que a relação com o outro é uma relação primordial do

homem, anterior à relação ontológica. Deste modo, Lévinas se põe em diálogo com a tradição filosófica bíblica e grega, mas ao mesmo tempo, rompe com toda a tradição filosófica ocidental, chamada por ele de filosofia da totalidade que culmina em guerras e violência.

(...) culpabilidade e inocência supõem que o ser livre pode lesar um ser livre e sofrer as repercussões do mal que terá causado e, conseqüentemente, que a separação entre livres no seio da totalidade permanece incompleta. O esquema ontológico oferecido pelas religiões reveladas – um eu em relação com um Deus transcendente – concilia estas contradições. Ele mantém a insuficiência do ser humano, ao mesmo tempo que seu caráter de totalidade ou de liberdade. Culpabilidade ou inocência não se concebem senão em relação a Deus, exterior a este mundo onde o homem é tudo. A transcendência de um Deus condescendente assegura ao mesmo tempo separação e relação. Além do mais, o perdão divino restitui a integridade inicial ao eu faltoso e garante sua soberania, assim inalterável (LÉVINAS, 1997, p. 40)

A crítica levinasiana opõe-se, deste modo, a todos os modelos ontológicos, incluindo o de Heidegger. O próprio Dasein (“ser aí / estar aí”), que pergunta é também quem responde a mesma. Temos, portanto, um Dasein meio ensimesmado, que parece voltar à postura socrática, numa filosofia como egologia. Segundo Lévinas, todos os modelos ontológicos subordinam sempre a relação com o ente à relação com o ser, neutralizando o ente que é então captado como “o

mesmo” e não como “outro”, dando supremacia ao conhecimento e ao poder, à liberdade como autarquia e ao saber como poder. A consciência moral surge com a descoberta da ilegitimidade dos poderes. Estamos aqui na relação com o rosto e, assim, há uma destituição da liberdade.

A metafísica com a qual Lévinas pretende caracterizar sua filosofia consiste numa investigação acerca da subjetividade humana que indica o “mais além do ser”, a transcendência metafísica que a própria ontologia pressupõe. Esta busca só poderá ser expressa na relação ética, linguagem que permite pensar o sentido do humano.

Ao afirmar o primado da ontologia, Heidegger também afirma o primado da liberdade em relação à ética e entende a liberdade como horizonte da verdade. Segundo Lévinas, a conciliação entre liberdade e ser, no conceito de verdade, supõe a primazia do Mesmo.

A falta perdoável, separada de sua significação mágica, ou é intencional ou se revela à análise como tal. Daí o valor primordial do exame de consciência. Mas o perdão supõe sobretudo que o lesado recolha todo o malefício do dano e, conseqüentemente, disponha inteiramente do direito de graça. Comparada à falta mística, cometida por violação involuntária de um tabu, a ideia de uma falta intencional, aberta ao perdão, realiza um progresso espiritual evidente. Mas as condições de um perdão legítimo não se realizam senão em uma sociedade de seres totalmente presentes uns aos outros, em uma *sociedade íntima*. Sociedade de seres que se elegeram, mas de modo a

preservarem inteiramente a sociedade. Sociedade íntima na verdade, absolutamente semelhante por sua autarquia à falsa totalidade do eu. De fato, tal sociedade é a dois, de mim a ti. Estamos entre nós. Ela exclui os terceiros. Por essência, o terceiro homem perturba este intimidade: minha injustiça em relação a ti, que posso reconhecer inteiramente a partir de minhas intenções, se encontra objetivamente falseada por tuas relações com *ele*, as quais me permanecem secretas, visto que estou, por minha vez, excluído do privilégio único de vossa intimidade. Se eu reconheço minhas injustiças em relação a ti, posso, mesmo por meu arrependimento, lesar o terceiro (LÉVINAS, 1997, p. 41)

Ao contrário de uma filosofia em direção ao Mesmo, em que a liberdade é entendida como “determinação do Outro pelo Mesmo”, próprio do pensamento objetivo, Lévinas inverte os termos, “conduz para Outrem”. Aqui está a novidade levinasiana, uma busca de relação originária e original com o ser. Através da idéia cartesiana de infinito, Lévinas consegue exprimir conceitos hebraicos em língua grega, e consegue romper com a subjetividade fechada do cogito e apontar para a ética como filosofia primeira, a partir da alteridade que brota do rosto do outro como linguagem do acolhimento, da bondade⁷.

⁷ (...) O sujeito da falta espera de fora o sentido de seu ser; não é mais o homem confessando seus pecados, mas aquiescendo às acusações. A desconfiança em relação à introspecção, à análise de si, em nossa psicologia, não é talvez senão a consequência da crise do amor e da religião; ela provém da descoberta do verdadeiro social. A consciência de si confere uma função primordial à linguagem. Não se pode mais falar. Não porque ignoramos o interlocutor, mas porque não podemos mais levar a sério suas palavras,

Raciocina-se em nome da liberdade do eu, como se eu tivesse assistido à criação do mundo, e como se eu não pudesse ser encarregado senão de um mundo saído de meu livre-arbítrio. Presunção de filósofos, presunção de idealistas. Ou fuga de irresponsáveis. É isto que as Escrituras censuram a Jó.

A famosa liberdade dos filósofos é a responsabilidade por aquilo que eu não cometi. Condição da criatura. Responsabilidade que Jó, examinando seu próprio passado, irrepreensível, não soube descobrir. “Onde estavas quando eu criei o Mundo?” pergunta-lhe o Eterno. És um eu. Sem dúvida. Começo, liberdade, sem dúvida. Vens depois de muitas coisas e muitas pessoas. Não és somente livre, és solidário, para além de tua liberdade. És responsável por todos (LÉVINAS, *La tentation de la tentation*, p. 164)

Portanto, diante da dinâmica do nome divino e da própria vivência, em seu primeiro livro póstumo, Ricoeur concluiu que a mediação de sua religiosidade pelo nome divino é um acaso transformado em destino por uma escolha contínua. Este acaso o fez cristão. Para o filósofo francês, cristão seria aquele que professa a adesão primordial à vida,

porque sua interioridade é puramente epifenomenal. Não nos contentamos com suas revelações, as quais tomamos por dado superficial, por uma mentirosa aparência, ignorando sua mentira. Ninguém é idêntico a si. Os seres não têm identidade. Os rostos são máscaras. Buscamos, por trás dos rostos que nos falam e aos quais nós falamos, a relojoaria das almas e suas molas microscópicas. Sociólogos, pesquisamos as leis sociais como influências intersiderais a que obedecem as piscadas do olho e os sorrisos de outrem; filólogos e historiadores, contestaremos a cada um até o próprio poder de ser autor de seu discurso. Não é somente a palavra que a psicanálise e a história desmontam. Na realidade, elas chegam à destruição do eu, identificando-se a partir de dentro (LÉVINAS, 1997, p. 47).

palavras e morte de Jesus. Adesão entendida como a palavra grega *Pistis*. Ele adere à profundidade e ao mistério de Javé, nome que determina uma tradição e interpelação na vida, fazendo-o elaborar uma filosofia que vai da atestação à possibilidade, de modo que o acaso não é mero acaso, pois é assumido como escolha e transformado em continuidade pela esperança. É neste âmbito que acontece uma teologia do nome divino, sobretudo narrativa, que transmite um modo de ser, uma coragem de ser⁸.

Dessa forma, ao teorizar sobre a teologia do nome divino, Ricoeur dá espaço à teologia narrativa ao invés de uma teologia dogmática ou ainda uma onto-teologia sobre Deus. O nome divino porta metáforas que configura tradições plurais. O auge desta interpretação está na poética que promove a compreensão do mundo diante do texto. A prática de vivência da fé do nome divino é transferida do texto para a vida. A essência poética possibilita refazer o mundo segundo a visada essencial da relação do sujeito com a narrativa bíblica. A palavra Deus torna-se uma expressão-limite que leva à experiência-limite, como, por exemplo, a superação da ética e do político para a mudança do mundo que é inaugurado pelo texto. O mundo que

⁸ À la lumière d'espérance, on accéderait ainsi à une compréhension renouvelée, élargie, de la dialectique de l'éthique et de la morale; laquelle mérite de servir de guide dans la lecture de textes bibliques, que certaines interprétations traditionnelles tendent à rabattre, soit sur une vision trop morale des choses, au détriment de toute visée institutionnelle, soit sur la vision d'une histoire épique, quase triomphaliste, au détriment de l'action patiente et de son horizon eschatologique (VINCENT, *La religion de Ricoeur*, p. 81).

habitamos é refletido no mundo do texto, e o mundo do texto é a chave de acesso para o mundo habitado.

L'expression "combien plus..." est en effet le schème qui sert à Paul à préciser la forme et l'enjeu de cette dissymétrie. Si elle opère une mise en rapport du péché (d'Adam) et de la grâce (du Christ), elle met l'accent sur une différence radicale de mesure, sur la différence du pouvoir respectif de l'une et de l'autre de nous affecter. En prendre acte, au fil du récit, avant toute construction systématique, n'est-ce pas commencer à comprendre pourquoi la doctrine de l'expiation ne convient pas? Il faut oser, à l'encontre des lectures reçues, lui objecter qu'elle simplifie outrageusement les données littéraires sur lesquelles elle prétend s'appuyer. Son simplisme – sans oublier la cruauté de ses implications sacrificielles – procède de l'appauvrissement de sens qu'elle fait subir au récit évangélique. Bien qu'elle se prévale de sa force explicative, elle se heurte à cette objection dirimante: elle néglige tout ce qui, dans le récit évangélique, a trait à *l'amour christique*, qu'on ne saurait minimiser en en faisant la caractéristique du seul Jésus historique puisque, encore une fois, le récit nous invite à penser en direction d'une *logique de la surabondance*, de l'excès; car c'est cela qu'il faut oser imaginer et penser, si l'on veut rendre justice au sens qui nous est ainsi proposé, sous forme de récit, et lui offrir un cadre d'intelligibilité à sa mesure (VINCENT, *La religion de Ricoeur*, p. 79).

O conhecimento de Deus na forma de amor concretiza-se quando Deus capacita o amante a amar. Deus não é conhecido como objeto (por isso não é um ente e nem um ser a partir de um sujeito), mas como crescente excesso de doação intuitiva. Assim, o homem se coloca na condição de designar a “experiência” de excesso com o nome de Deus. É apenas pelo Dom que o homem é capacitado a ir além do ser e da metafísica, desafiando até mesmo a diferença ontológica. Esclarece MARION (1997, p. 292, 296, 396):

(...) a noção de experiência é equívoca; nem sempre tem objeto nem vem determinada pelo sujeito transcendental; pode ainda expor certo “eu” não-transcendental (e não-empírico), mas dada a fenômeno não constituível porque saturado. (...) o fenômeno não depende dessa condição de possibilidade por excelência, pois é exceção a todos os possíveis horizontes. (...) O revelado não define assim o extremo *stratum* ou certa região particular da fenomenologia, mas o modo universal de fenomenalização do que se dá no que se mostra.

Marion parece abandonar o caráter absoluto do horizonte fenomenológico em favor da hermenêutica (como o faz também Paul Ricoeur) dos múltiplos horizontes de possibilidade, de polifonia da vida (e do texto), incluindo a possibilidade de interrupção do próprio horizonte. Eis uma atestação da “contra-experiência”!

CONCLUSÃO

Lévinas lê a história da filosofia ocidental de modo crítico. Chama a própria filosofia de “a essência crítica do saber”, do contrário, não seria filosofia, mas dogmatismo. Sua crítica vem do próprio modo de se fazer filosofia, próprio da filosofia ocidental, enquanto movimento para um objeto, relação de conhecimento enquanto inteligência (logos de ser) que capta o ser a partir de nada, ou tenta reduzi-lo a nada, arrebatando-lhe a sua alteridade. O conhecimento enquanto conhecimento de objeto é, deste modo, capturado, tematizado e trazido à luz dos conceitos.

Ao contrário de uma filosofia que procurou compreender a liberdade como supremacia do Mesmo sobre o Outro, como fez a ontologia, o pensamento de Lévinas vai numa outra direção, está voltado para o “outro lado”, para o “doutro modo”, para o “outro”. Nesse sentido, vale dizer que Lévinas opera uma verdadeira reviravolta na filosofia, que consiste em compreender que o ser é existir, e ainda podemos acrescentar: ser é existir na relação com o outro. Deste modo, na proximidade com o outro, o mais importante não é a consciência de minha liberdade, mas a tomada de consciência de minha responsabilidade para com o outro. No acolhimento de Outrem, ao invés de se justificar, a minha liberdade é posta em questão.

Viver até o limite da consciência da própria vulnerabilidade, da ambigüidade da história e da polissemia da linguagem e das ações humanas. Ou seja, trata-se da condição vulnerável extrema própria do sujeito em relação que superou a

lógica da totalidade, aquilo que Ricoeur denomina “Expressões-Limite” e que chama de “existência para a morte”.

Chegamos assim à evocação da esperança, no instante mesmo da morte, como um rasgamento do véu que dissimula a fuga fundamental sob a forma de revelações históricas. Projeto assim não um após-a-morte, mas um morrer que seria a última afirmação da vida. Minha experiência própria de um fim da vida se nutre desse anseio mais profundo de fazer do ato de morrer um ato de vida. Esse voto, eu o estendo à mortalidade mesma, como um morrer que permanece interno à vida. Dessa maneira, a própria mortalidade deve ser pensada *sub specie vitae* e não *sub specie mortis*. Isso explica que eu já não ame nem utilize o vocabulário heideggeriano do ser para a morte. Diria eu em lugar disso: ser até a morte. O que importa é ser um vivente até a morte, levando o desapego até o extremo do luto da preocupação com a vida posterior. Aqui vejo que se fundiram o vocabulário do mestre Eckhart e o de Freud: “desapego” e “trabalho de luto”. (RICOEUR, 1995, p. 236)

REFERÊNCIAS

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MARION, Jean-Luc. **Étant Donné**. Paris: PUF, 1997.

MENDOZA, Carlos-Alvarez. **O Deus Escondido da Pós-Modernidade**. São Paulo: É Realizações, 2011.

MIES, Françoise (org.). **Bíblia e Filosofia: as luzes da razão**. São Paulo: Loyola, 2012.

- NANCY, Jean-Luc. ***L'adoration (Déconstruction du christianisme II)***. Paris: Galilée, 2010.
- NANCY, Jean-Luc. ***La décloison (Déconstruction du christianisme I)***. Paris: Galilée, 2005.
- RIBEIRO, Nilo Jr. Sabedoria da Paz. ***Ética e teo-lógica em Emmanuel Lévinas***. São Paulo: Loyola, 2008.
- RICOEUR, Paul. ***Le conflit des interprétations: essais d'herméneutique I***. Paris: Editions Du Seuil, 1969.
- RICOEUR, Paul; LÉVINAS, Emmanuel; ***La Révélation***. Bruxelles: Facultés Saint Louis, 1977.
- RICOEUR, Paul. ***La mémoire, l'histoire, l'oubli***. Paris: Seuil, 2000.
- RICOEUR, Paul. ***Memória, História e o Esquecimento***. Campinas: Editora Unicamp, 2007.
- RICOEUR, Paul. ***Lectures 3: Aux frontières de la philosophie***. Paris: Seuil, 1994.
- RICOEUR, Paul. ***La critique et la conviction***. Paris: Calmann-Lévy, 1995.
- RICOEUR, Paul. ***La mémoire, l'histoire, l'oubli***. Paris: Seuil, 2000.
- RICOEUR, Paul. ***Vivant jusqu'à la mort***. Paris: Seuil, 2007.
- VINCENT, Gilbert. ***La Religion de Ricoeur***. Paris: Les Éditions de l'Atelier, 2008.

JUÍZES NÃO SÃO DE MARTE! UM OLHAR SOBRE DECISÕES JUDICIAIS INUSITADAS

Israel Quirino¹

Abacateiro, acataremos teu ato
Nós também somos do mato como o pato e o leão
Aguardaremos brincaremos no regato
Até que nos tragam frutos teu amor, teu coração.
(Gilberto Gil – Refazenda – 1975)

RESUMO:

Este estudo se reporta a três decisões judiciais prolatadas em cortes nacionais que, em uma visão superficial, soam inusitadas às normas de regência, mas que deram desfecho adequado a feitos processuais controversos de maneira a equacionar uma celeuma jurídica e social. Discute-se a hermenêutica como ciência capaz de, ancorada em princípios, ir além do texto legal positivado, permitindo aos julgadores sopesar as consequências dos julgados em atenção à preservação das instituições sociais e ao bem jurídico tutelado.

Palavras-chave: decisão judicial; decisão contra legem; hermenêutica

INTRODUÇÃO:

Há um bordão entre a juventude desse final de década que traduz o inesperado. A *casinha* é o lugar comum, o trivial. Estar “*fora da casinha*” é estar fora do estado normal, é optar pelo que é surpreendente, inusitado e que, nem sempre, é o errado, o sinistro, o dissonante. É o diferente.

¹ Professor de Direito Constitucional da Fupac/Mariana. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local.

No mundo jurídico onde as decisões judiciais são pautadas pela norma escrita, especificamente em nosso caso de direito positivado em que o juiz fundamenta, na lei, o seu entendimento, há um velho jargão (com inúmeras variáveis) que diz que de cabeça de juiz ninguém sabe o que vem. A denotar que toda sentença é, de fato, um sentimento. Incerto. Imprevisível.

Na prática sabemos que não é bem assim. As sentenças são pautadas dentro das normas legais e processuais, revestidas de um ritual acentuadamente previsível. Decidir diferente do que está na lei é, e será sempre, surpreendente, embora não possamos dizer que está errado.

Como veremos neste estudo, as decisões inusitadas, se em determinado momento, podem ser tidas como alucinadas ou díspares, servem para aperfeiçoar o direito, criar jurisprudência e, por vezes, conferir novos olhares sobre a mesma regra, denotando as transformações sociais que circundam o universo jurídico e o sentido evolutivo da ciência jurídica.

Em 12 de fevereiro de 2007 o juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues, da comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, deu um susto na comunidade jurídica quando, em sentença, ao externar sua posição de intérprete da norma, discorreu sobre possíveis inconstitucionalidades da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (RODRIGUES, 2007).

Não foram poucos os dedos em riste que se apresentaram diante da posição diferente do Magistrado, no momento em que a opinião geral era de que a Lei Maria da Penha representava

um avanço no combate à violência doméstica contra a mulher. Pensar diferente era estar a contrassenso daquilo que o mundo jurídico e a sociedade acreditavam.

A sentença do Juiz Edilson Rodrigues foi posteriormente revista pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

No entanto, tais decisões “*fora da casinha*” podem servir como alerta de que, no Direito, apesar do rigor das leis, há espaço para alguém que pensa diferente, e isso talvez seja um dos exercícios mais controversos da ciência jurídica: a hermenêutica.

A lei é uma norma abstrata e estática, enquanto a sociedade é dinâmica e o intérprete da lei, no ato do julgamento, vive em um tempo/espço diferente daquele em que o legislador concebeu a disposição legal. O operador do direito milita em um mundo real e diante de um caso concreto dá vida à letra fria do texto positivado.

Tal fator, a interpretação inusitada da norma, é o que motiva essa nossa incursão, que tem por premissa apresentar três decisões que, se a princípio podem parecer *contra legem*, em uma leitura situacional mais atenta percebe-se que acabaram por cumprir a lei em seu propósito mais abrangente.

Não temos a pretensão de esgotar o elenco das idiosincrasias dos julgados, ou de imiscuir nos motivos que levam julgadores a pensarem em viés diametralmente oposto da opinião corrente. O que pretendemos é mostrar, em situações

diversas, que pensar diferente também é operacionalizar o direito e fazer justiça.

Já na fase final de elaboração deste artigo, ouvimos da Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes da Rocha a citação de uma fala do Ministro Lafayette de Andrada, que atuou na Casa entre 1945 a 1969, para quem as leis foram feitas para cristalizar e atender o ideal de justiça. De acordo com Lafayette, citado pela Ministra, “ao magistrado, a quem incumbe aplicá-las, não podem elas constituir um mero fim, como aos teóricos e tecnicistas muitas vezes pode parecer. Elas na verdade são um meio, o meio de fazer reinar a justiça, assegurando o equilíbrio das relações sociais” (ROCHA, 2017).

No mesmo pronunciamento ao qual já nos referimos, a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, afirmou que “o clamor por justiça que hoje se ouve em todos os cantos do país não será ignorado em qualquer decisão” do STF. “Não seremos ausentes aos que de nós esperam a atuação rigorosa para manter sua esperança de justiça. Não seremos avaros em nossa ação para garantir a efetividade da justiça” (ROCHA, 2017).

Colocar a lei a serviço da promoção da justiça, no entanto, não é tarefa das mais simples. E neste exercício de curvas e contracurvas, perfilam as decisões judiciais: das mais óbvias, às mais esdrúxulas; das mais acertadas, às mais inusitadas, enfim, se errar é humano e acertar também é. E “juízes não são de marte”, são (ou deveriam ser) humanos a decidir para a sociedade na qual vivem.

2. ANÁLISE SITUACIONAL

Em um julgamento que dividiu o país e cujo placar denota essa divisão, o Tribunal Superior Eleitoral, em 09 de junho de 2017 manteve incólume o resultado das urnas nas eleições de 2014. Isso é noticiário discutido nos salões de barbeiro, nos bares das esquinas, tal a popularidade do caso e as paixões que despertam o caso (BRASIL, 2017).

Independente do que possa ser discutido no âmago da questão apresentada a julgamento, é certo que a judicialização do processo político-eleitoral é algo que incomoda, pois passa à mão de sete julgadores (no caso do TSE), a vontade expressa no pleito eleitoral por uma infinidade de eleitores anônimos, que, como os magistrados, se influenciam por paixões, valores e interesses, aliados ao tempo que sedimenta os sentimentos do povo e acaba por macular a escolha que deveria ser democrática.

Não queremos discutir aqui o resultado daquela decisão, mas não podemos olvidar as influências muitas que sofre um julgamento de tal envergadura, em que se discutiu os rumos de uma campanha presidencial adunca e onde se decidiam os rumos do futuro do país abalado por uma infinidade de crises que se sobrepõem.

Para alguns o direito passou a largo, pois a decisão foi política. A outros a decisão foi aquela que se apresentou juridicamente possível, de maneira a preservar o bem jurídico tutelado, no caso, a nação brasileira, o governo, a incolumidade do resultado das urnas ou o próprio povo.

O próprio presidente do TSE, ministro Gilmar Mendes, reconheceu em entrevista a um órgão de imprensa no dia 13 de março de 2017 que “nós não temos juízes de marte” (MENDES, 2017), ou seja, os julgadores são pessoas que na vida comum têm preferências, paixões e sofrem influências em suas decisões tal como qualquer um dos mortais, apesar do dever funcional de fundamentar no Direito as suas decisões.

É preciso crer que julgar de acordo com a lei é a tônica dos tribunais, mas temos que considerar que interpretar a “vontade da lei” é um exercício de hermenêutica que pode direcionar julgados ao arrepio da norma ou proporcionar uma leitura, diremos, pouco ortodoxa, do texto legal.

O Decreto – Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) entende que ao juiz cabe interpretar a lei de maneira a atender aos fins sociais a que ela se destina:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).

Isso nos traz à baila a definição filosófica de “valor do direito” referindo-se àquilo que diz respeito à finalidade da tutela legal, ou o conceito intrínseco de “bem jurídico” material ou não, que reputa-se de importância para a sociedade, independente do que tenha escrito o legislador no texto positivado.

A nova hermenêutica admite métodos que fogem da doutrina clássica de leitura da norma e interpretação da

vontade da lei (*mens legis*), passando a admitir, por exemplo, que a lei sirva aos propósitos sociais do momento, à pré-concepção do julgador e à mensuração das consequências do julgado.

Coelho (2010, p. 163) destaca que:

a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela **pré-compreensão** do intérprete/aplicador, a quem compete **concretizar** a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva à **luz da Constituição** e não segundo critérios pessoais de justiça (grifos no original).

Ora, interpretar não é apenas ler, mas aplicar à situação de fato existente a leitura da norma harmonizada aos conceitos prévios do leitor, ponderando princípios, sopesando, ainda, as consequências da decisão no meio social. Desta forma a *mens legis* adquire, na verdade, não a vontade do legislador, mas a concretização da norma aos olhos do aplicador em determinado tempo e espaço e diante de um caso concreto. Para que a decisão judicial não se transforme em uma vitória de Pirro onde os custos são maiores que os benefícios.

Visto desta forma, isso pode tornar absurda a ideia de uma decisão única a ser aplicada todos os casos e pode servir de argumento àqueles que defendem a impropriedade das súmulas vinculantes como fórmula pré-definida de solução de conflitos.

Por outro lado preocupa ao estudioso do direito a possibilidade de os julgados sofrerem influência da opinião pública e pressão da sociedade, em detrimento da lei, principalmente nos dias atuais em que há grande participação dos meios de comunicação de massa e a popularização das redes sociais deu voz audível ao cidadão comum nos mais afastados rincões.

3. A LEI NÃO É O DIREITO

O Direito e a Filosofia são inseparáveis parceiros. O direito nos dá a norma, a filosofia nos oferece instrumentos para a compreensão do fenômeno social a qual a norma se destina, o pensamento, o desejo e aspirações das pessoas envolvidas, os pré-juízos (juízos prévios) acerca da ocorrência posta sob análise. No entanto, quando na prática cotidiana, tendemos a submeter o direito à letra fria da lei e a nos dar por satisfeitos, olvidando, muitas vezes os valores, motivos e finalidades implícitos no exercício da atividade jurisdicional onde nós, advogados, nos tornamos imprescindíveis para que a sociedade alcance a justiça.

Os defensores da justiça consensual, aquela que se faz sem a interferência determinante do Estado-juíz, sempre encontram, na pacificação da sociedade, a justificativa para a solução extrajudicial do conflito. Isso pelo fato de a sentença de mérito nem sempre acudir ao direito, mas cumprir a lei e a lei, nem sempre atender ao desfecho esperado pelos litigantes, por

não levar em conta questões subliminares que motivam o conflito, e que não se encontram explícitos nos autos processuais.

A justiça consensual não quer aplicar a lei, quer resolver o conflito no intento de pacificar as partes em atrito. Com a lei ou apesar da lei.

Ainda nos causa surpresa quando, em uma ou outra decisão, o magistrado ultrapassa as fronteiras da interpretação literal da norma, extraindo da lei elementos para além dos vocábulos. Quando isso acontece entendemos o julgado como inovador, ousado até.

Habituamos ao positivismo e a nos curvamos à lei como se ao legislador fosse conferida a superioridade de conhecer os desvarios da sociedade em todo o tempo e espaço, mesmo direcionando o texto legal a uma sociedade amorfa exposta a hipóteses infinitas de comportamentos, em dias que se sucedem no tempo, dinâmicos em face da estática do texto positivo.

A presente incursão parte da leitura situacional de três episódios distintos no tempo e no espaço, em ambientes jurídicos onde decisões foram tomadas de maneira diversa do que preceitua a lei escrita, como adiante veremos.

Em um primeiro momento se discute a decisão inusitada de três juízas do Paraná, que optaram pelo uso de tornozeleira eletrônica aos devedores de pensão alimentícia, em detrimento da prisão em regime fechado prevista no artigo 528, § 4º do Código de Processo Civil.

As decisões a que nos reportamos foram prolatadas por três mulheres, diante de homens devedores de pensão alimentícia aos seus dependentes, fundamentadas na lógica social, sem paixões, revanchismo ou tendências feministas, mas, a nosso sentir, recheadas de puro racionalismo.

Em um segundo momento se discute a questão dos embargos infringentes, benefício concedido aos apenados na Ação Penal 470 perante o STF (mensalão), quando se permitiu, ao mesmo colegiado condenatório, a revisão do seu próprio julgado, acudindo aos sentenciados com o duplo grau de jurisdição (art. 8º. 2, h – do Pacto de San José da Costa Rica), como direito fundamental dos condenados a uma instância revisora.

Por fim, registra-se como inovadora, corajosa e inusitada a conduta do juiz Ernane Palma Ribeiro (1927-2004), titular da 1ª. Vara Criminal de Florianópolis quando, em 1976 no auge da ditadura civil-militar de 64, flexibilizou a aplicação da lei antitóxicos – Lei 5.726/71 – em relação ao cantor Gilberto Gil, ao argumento de que “não pode ser criminoso alguém que cria uma música como Refazenda.”

Adequar a lei à dinâmica da sociedade é dever dos operadores do direito, aqueles que sustentam a norma com fatos e argumentos e dela esperam resultados que possam tornar melhor a sociedade.

Fosse o direito apenas a leitura linear das leis, por certo dispensaria a atuação de advogados.

3.1. O CASO DOS DEVEDORES DE ALIMENTOS

Dias recentes ocupou a mídia a decisão da Juíza Luciana Varella Carrasco, da 7ª Vara de Família de Curitiba (PR), que optou por submeter um devedor de pensão alimentícia ao regime de prisão aberta, com uso de tornozeleira eletrônica (BRASIL, TJPR, 2016).

De acordo com informações do Tribunal de Justiça do Paraná, a decisão foi acompanhada pela Juíza Maria Cristina Franco Chaves, da Vara de Família e Sucessões de Araucária em três outros casos e foi abertamente defendida pela Desembargadora Joeci Machado Camargo (TJPR) em entrevista ao Programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, que elevou o tema à reportagem especial em final de noite de domingo (27/11/2016).

“É, sem dúvida, mais um passo à construção de uma jurisprudência mais humana, atenta a realidade social e comprometida com a concreção do projeto constitucional de uma sociedade justa e solidária”, afirmou a Desembargadora durante a entrevista.

Inovadora! De vanguarda. Ousada. Foram termos que se referiram à atuação da magistrada. A decisão tem tudo isso: é inovadora, de vanguarda, ousada e merece todo o alarde da mídia, com certeza! Acertada decisão, é bom que se diga em primeiro plano.

Porém, o que causa estranheza, em princípio, e que torna a decisão tão inusitada, é a leitura que fez a magistrada do dispositivo legal acerca do encarceramento dos devedores de

pensão alimentícia em regime fechado e o sentido social relevante que deu à ferramenta judicial de coerção.

Preceitua o artigo 19 da Lei 5.478 de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), uma possibilidade (a critério do juiz) de determinar a prisão do devedor:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, **poderá** tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias (BRASIL, 1968). (grifamos).

O dispositivo, concebido na ditadura militar é permissivo e fora recepcionado pela Constituição de 1988, no caso, o artigo 5º., LXVII, que entre as prescrições negativas, assevera:

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988);

Não obstante o mesmo preceito fora reescrito, com maior rigor no novo CPC, art. 528, de maneira determinante, dispondo, inclusive sobre o regime da prisão civil:

Art. 528 ...

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º,

decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (BRASIL, 2015).

Com as adequações feitas ao normativo legal, advindas do Pacto de San José da Costa Rica, inserto em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, e com a edição da Súmula Vinculante 25, apenas ao devedor de pensão alimentícia reservou a lei, *ainda*, a possibilidade da prisão como medida coercitiva.

Por que *ainda*?

É que a decretação da prisão civil deveria, em tese, ser utilizada como *ultima ratio*, diante da existência de meios mais eficazes de cumprimento da obrigação pecuniária, como a constrição de bens e outras medidas cautelares de execução. Medidas essas que deveriam ser apreciadas antes de lançar o infeliz inadimplente na prisão.

Embora possa se admitir que alguns dos devedores mereçam, de fato, uma admoestação mais severa, o que fez então a Magistrada do Paraná, ao inovar em sua decisão de não manter no cárcere o inadimplente da prestação alimentar foi aplicar à lei uma interpretação teleológica, exaurindo do termo legal o propósito primeiro da norma, que é a satisfação da dívida e não o encarceramento do devedor.

Há que se levar em conta ainda que a segregação do indivíduo da sociedade só se torna recomendável nos casos em

que a sua permanência em liberdade representar algum risco a si, ao sistema ou a outrem.

No entanto temos que ver que a decisão judicial que permitiu a coerção com o uso da tornozeleira eletrônica descumpriu as disposições do Código de Processo Civil, que prevê o cumprimento da prisão em regime fechado (§ 4º do art. 528 do CPC), como já citamos anteriormente.

Ao apresentar para execução o pleito de adimplemento da prestação alimentícia, o que objetiva o exequente não é (ou não deveria ser) o cerceamento da liberdade do devedor, e sua consequente exposição às mazelas da prisão, mas sim a satisfação da prestação pecuniária. Quem vai ao Judiciário em busca de alimentos quer saciar a fome física e não promover uma espécie de vingança social, mandando o devedor para a cadeia.

Dispondo o sistema jurisdicional de outras formas de coerção, como a constrição patrimonial, por exemplo, e, por que não? a liberdade vigiada (tornozeleira eletrônica), estamos edificando meios eficazes de alcançar o objetivo da norma que é, inarredavelmente, a satisfação do débito e não o castigo corporal (e moral) do devedor, submetido à humilhação do cárcere (e tudo o de ruim que poderá vir depois disso).

Ao adotar a tornozeleira eletrônica como forma de coerção, a Douta Magistrada paranaense deu ao Brasil oportunidade de se redimir diante da possibilidade de violação dos direitos constitucionais dos devedores de pensão

alimentícia, que, lançados ao cárcere, têm sua dignidade vilipendiada e o futuro social comprometido.

A prisão civil é medida coercitiva, de cunho administrativo, não deriva de sentença penal condenatória. Desta forma não pode ser vista como cumprimento de pena, embora assim o preveja o artigo 19 § 1º. da Lei 5.478/68 - Lei de Alimentos: § 1º. O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas.

O mesmo equívoco terminológico se comete na redação do § 5º do artigo 528 do CPC:

§ 5º O cumprimento **da pena** não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas (BRASIL, 2015). (grifamos).

Discussões semânticas à parte, e inegável é que a prisão fere a dignidade do devedor da prestação alimentar com a sua exposição à marginalidade segregada, ao ambiente nefasto dos presídios, as sevícias e a todo embaraço psicossocial do sistema prisional, para onde o judiciário encaminha os elementos perniciosos da sociedade.

Em muitos casos a prisão se torna um espetáculo midiático. Que de diga, por exemplo, a recente prisão do cantor Thiago Servo (ex-vocalista da dupla Thaene e Thiago), ídolo da música sertaneja, que foi preso antes da realização de um *show* na cidade de Jacareí – SP. em 12 de dezembro de 2016, por dívidas alimentícias (GLOBO, 2017)

Há que se perquirir se todas as medidas necessárias à satisfação do débito foram aviadas, antes de mandar para a prisão o jovem cantor. A primeira resposta que nos ocorre é que não. Não foram efetivadas todas as medidas constritivas previstas em lei, já que o detido possui patrimônio e renda que poderiam ser objeto de sequestro por ordem judicial.

Embora a lei preveja distintos ambientes de encarceramento e proteção ao cidadão acautelado em prisão civil (CPC - art. 528, § 4º) que deve ser separado dos presos comuns, bem sabemos que o sistema prisional não consegue proteger o devedor encarcerado das muitas impudicícias do presídio. E, por mais absurdo que possa parecer, na grande maioria dos casos a prisão do devedor não se traduz em pão na mesa do alimentando.

Por questões humanitárias o Conselho da Justiça Federal já havia apresentado entendimento similar ao publicar o Enunciado 599, durante a VII Jornada de Direito Civil (2015), onde admite a flexibilização da prisão civil em regime fechado os avós devedores de prestação alimentar.

Enunciado 599

Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne

atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida (BRASIL, 2015).

Trata-se, pois de uma interpretação evolutiva da norma, em sentido diferente daquele positivado, além do texto e em favor da dinâmica da vida em sociedade. Contribuição do operador do direito para aperfeiçoamento da *mens legis*.

3.2 OS EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO PENAL 470

De igual maestria, e talvez em maior exposição, repercussão e relevância midiática em relação ao caso inovador da decisão da Magistrada Paranaense, outros se somam, como, por exemplo, a discussão acerca do direito dos envolvidos na Ação Penal 470 (Mensalão) a um “duplo grau de jurisdição” ou instância revisora do julgado, o que lhes fora concedido por meio de Embargos Infringentes.

Na oportunidade, o voto de minerva do Ministro Celso Mello parecia advogar em favor dos envolvidos, quando, de fato, protegia a soberania nacional e a supremacia da Constituição:

[...] esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de

completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal (BRASIL, 2013).

Difícil entender que a Corte Suprema, última instância recursal, pudesse abrir-se a revisão do próprio julgado, embora fosse assegurado aos sentenciados naquela Corte, em processo originário, pelo menos em tese, o direito de recurso a uma instância revisora.

Não obstante, a “pressão das multidões” a que se reporta o Decano do Supremo, pode ser vista de duas maneiras, a nosso sentir: a primeira, pela opinião pública que exigia uma condenação exemplar aos processados e de maneira leiga e impiedosa reivindicava penas severas. E, de outro lado, a legião de advogados de defesa que, calcados em fundamentos de direito, ameaçavam levar o caso a Corte Interamericana de Direitos e discutir, em âmbito internacional, as fragilidades do ordenamento jurídico nacional neste particular.

Ainda que esta última possibilidade pudesse ser apenas uma bravata, a hipótese de expor a Constituição Federal e a soberania nacional a discussão internacional sobre matéria que poderia resolver-se na própria Corte, conduziu a um desfecho juridicamente aceitável e, que se diga legalmente justo.

Pesou até mesmo a idiosincrasia de a Constituição Federal atribuir ao Tribunal Constitucional Supremo a prerrogativa de julgamento de crimes comuns em grau

definitivo, privando os sentenciados do direito fundamental do recurso.

Ao garantir os direitos dos apenados a um duplo grau de jurisdição, ainda que dentro do mesmo colegiado sentenciante, preservaram-se as instituições democráticas do País e a incolumidade da Constituição por decorrência.

3.3 FILOSOFIA E POESIA AO JULGAR GILBERTO GIL

Preso em Florianópolis em 14 de julho de 1976, no auge da ditadura civil-militar, por portar um cigarro de maconha o cantor Gilberto Gil, que a época não gozava do prestígio dos dias atuais, foi levado ao Magistrado catarinense Dr. Ernani Palma Ribeiro, tipificada a conduta no revogado art. 281 do Código Penal, que previa encarceramento de um a seis anos pelo porte da substância entorpecente.

Com o relato da ocorrência em mãos, coube ao então Juiz Ernani Palma Ribeiro a peripécia de enfrentar o Regime e flexibilizar a lei antitóxicos em favor do cantor e, embora consciente da integridade e da capacidade mental do sentenciado, aplicou-lhe as benesses do artigo 10 da Lei 5.726/71:

Art. 10. Quando o Juiz absolver o agente, reconhecendo que, em razão do vício, não possui esta a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará sua internação em

estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação (BRASIL, 1971).

O episódio foi relato de primeira página nos jornais da época e a tradicional revista Manchete de 24 de julho de 1976, estampou matéria com redação do jornalista catarinense Carlos Damião trazendo a integra dos fatos (DAMIAO, 2014).

Um magistrado sensível e condescendente, afetado por versos de poesia, titular de uma vara criminal em um regime ditatorial, tendo na sala de audiência um jovem negro, representante da contracultura dos Doces Bárbaros (grupo musical do qual faziam parte os cabeludos Gilberto Gil, Gal Costa, Caetano Veloso e Maria Bethania), julgou para além do direito posto.

Conforme relata a página oficial do cantor na internet:

Em julho de 1976, em Florianópolis, o cantor e compositor Gilberto Gil foi preso por porte de pequena quantidade de maconha. Acabou julgado e condenado. O Juiz Ernani Palma Ribeiro, porém, determinou sua soltura e transferência para um clinica no Rio de Janeiro, justificando a sentença em forma de poesia:

"O homem que faz uma música como Refazenda não pode ser tratado como criminoso". O magistrado transcreveu a decisão usando a letra da música de Gilberto Gil, que começa assim: "Abacateiro, acataremos teu ato / Nós também somos do mato / Como o pato e o leão. / Aguardaremos / Brincaremos

no regato / Até que nos tragam frutos /
Teu amor, teu coração" (GIL, 2017).

O Brasil não ficou menos ou mais justo pela ausência de condenação à prisão do cantor naquela oportunidade. O consumo de maconha não sofreu alterações em função da decisão que entendeu ser a abordagem do usuário de entorpecente uma questão de saúde pública e não de criminalística. O direito, no entanto, evoluiu a ponto de nos dias atuais não mais se aceitar a prisão do usuário de drogas, e ampliou a discussão até a possibilidade de se discutir a descriminalização do uso da maconha. Gilberto Gil, como se sabe, chegou a ser Ministro da Cultura. Mas isso é outro assunto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O direito, ensina Rudolf Stammler, deve ser justo (*richtiges Recht*), considerado como uma verdade social que está acima do direito positivo ou da interpretação meramente literal do conjunto de normas jurídicas (REALE, 2002).

Ser justo não quer dizer obrigatoriamente estar prescrito em lei. Há leis injustas, assim como há decisões injustas, embora amparadas na lei. A recíproca, também é verdadeira: há decisões justas, apesar de aparentemente *contra legem*.

Se alguém viu como disparate a decisão do juiz de Sete Lagoas (MG), contrária à Lei Maria da Penha, muitos viram da mesma forma o voto do Ministro Gilmar Mendes ao botar uma pá de cal nas eleições de 2014. Ambas as decisões têm

fundamento jurídico-legal. E, há quem acredite, teriam também fundamento jurídico-legal se fossem prolatadas em sentido oposto.

Em nosso sistema jurisdicional positivista não há como dispensar o parâmetro legal, a norma posta, mas há que se encontrar, pela hermenêutica, a leitura ideal do preceito normativo, dando a resposta ao caso concreto particular, na forma do propósito primeiro daqueles que se socorrem pela via judicial, tendo por objeto a pacificação social e não a intensificação do conflito.

A lei, como escrita, é genérica, abstrata. O caso que a ela se submete é individual, tem nuances próprios.

Não se trata de mero casuísmo, de se ignorar ou desprezar o comando normativo geral e abstrato, mas de tomar a norma legal por diretrizes, ideia orientadora e com o uso de elementos sociais colhidos na vivência em sociedade, encontrar a vontade da lei, o tal *direito justo* enunciado por Stammler como finalidade do ordenamento jurídico (teleológico).

De acordo com o pensamento de John Rawls (1993) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais vasto sistema total de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Para Rawls deve se conceber Regra de Prioridade: os princípios da justiça devem ser hierarquizados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida se tal for para o bem da própria liberdade. Há duas possibilidades de tal se verificar: a) uma liberdade menos ampla deve reforçar o sistema

total de liberdade partilhado por todos; e b) uma liberdade que seja mais restrita do que a liberdade igual para todos deve ser aceitável para os cidadãos que dispõem da liberdade mais limitada (RAWLS, 1993).

Nesse com texto, os princípios são mais importantes que a lei em si.

Assim, a justiça, tanto em Rawls quanto em Stammler, por caminhos diversos, derivando de argumentos diferentes, aparece como um pressuposto do direito, um objetivo da lei enquanto estrutura mantenedora do bem estar da sociedade ou, quem sabe, uma quimera daquele que opera o sistema jurídico-positivo.

Extrair a justiça da lei é atividade de garimpeiro, exercício de alquimia, técnica e sensibilidade de uma reflexão social crítica, através da integração de lacunas e dos diversos pactos sociais que garantem nossa vida em grupo. A lei talvez seja o instrumento enquanto o direito é finalidade (REALE, 2002).

Este é o ensinamento da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, segundo quem os juizes:

[...] tiveram sempre esta atribuição, a um só tempo responsabilidade e seu dever com o Brasil: o de assegurar a igual observância da lei por todos. Somente então se terá equilíbrio nas relações sociais, segundo a ideia de justiça constitucionalmente definida. E se terá a efetividade do direito, garantindo-se ao cidadão condições de manter sua

confiança na liberdade, na pluralidade e na solidariedade como base para a harmônica convivência política e social (ROCHA, 2017).

Dispensar ao Direito a Filosofia é condená-lo ao positivismo gramatical e à morte a justiça, já que a letra fria da lei é incapaz, sozinha, de dar as respostas que a sociedade almeja.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, 2017. Tribunal Superior Eleitoral, AIJE nº 1943-58 disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>> Acesso em 30 Jun. 2017

BRASIL, 2017. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 19 Jun. 2017

BRASIL, 2016. TJPR. Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/parana-inova-com-monitoramento-por-tornozeleiras-eletronicas-a-devedores-de-alimentos/18319/pop_up?_101_INSTANCE_11KI_viewMode=print&_101_INSTANCE_11KI_languageId=pt_BR> Acesso em 29 Jun. 2017

BRASIL, 2015. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 599. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/857>> Acesso em 30 Jun. 2017

BRASIL, 2013 – Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Celso Mello na aceitação dos Embargos Infringentes na Ação Penal 470. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/>

AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf> Acesso em 30 Jun. 2017

BRASIL, 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil – Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 Jun. 2017

BRASIL, 1971. Lei 5.726 de 29 de outubro de 1971 (lei Antitóxicos). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm> Acesso em 30 Jun. 2017

BRASIL, 1968. Lei 5.478 de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm> Acesso em 29 Jun. 2017

BRASIL, 1942. – Decreto-Lei 4.657. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm> Acesso em 30 Jun. 2017

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos de Interpretação Constitucional. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/metodos-de-interpretacao--constitucional_58f4b95a324a0.pdf> acesso em 28 JUN 2017

DAMIAO, Carlos. 2014. A prisão de Gilberto Gil em Florianópolis. Disponível em <<https://ndonline.com.br/florianopolis/coluna/carlos-damiao/a-prisao-de-gilberto-gil-em-florianopolis-1976>> Acesso em 30 Jun. 2017

GIL, Gilberto. 2017. Pagina oficial do cantor na rede mundial de computadores. Disponível em <http://www.gilbertogil.com.br/sec_texto.php?noticia&id=1133&page=132> Acesso em 30 Jun. 2017

GIL, Gilberto. Refazenda. 1975. Disponível em
<http://www.gilbertogil.com.br/sec_disco_info.php?id=379&letra> Acesso em 29 Jun. 2017

GLOBO, 2017. Portal de Noticias G1. Disponível em
<<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/12/ex-vocalista-da-dupla-thaeme-thiago-e-presos-em-casa-de-show.html>> Acesso em 30 Jun. 2017.

MENDES, Gilmar. Entrevista ao Estado de São Paulo. Disponível em
<<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sempre-se-considera-a-estabilidade-politica-diz-gilmar-sobre-acao-sobre-chapa,70001697601>> Acesso em 30 Jun. 2017

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa:Editorial Presença, 1993.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Edição, 2002. São Paulo: Saraiva. 2002

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Pronunciamento no STF dia 30.06.2017. disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348346&tip=UN>> Acesso em 30 Jun. 2017

RODRIGUES, Edilson Rumbelsperger. Sentença nos Autos nº 222.942-8/06 disponível em
<<http://www.olibat.com.br/documentos/Lei%20Maria%20da%20Penha%20decisao%20juiz%20de%20Sete%20Laogas.pdf>> Acesso me 30 Jun. 2017

CRÍTICA CULTURAL E INTERDISCIPLINARIDADE COM QUESTÕES DO DIREITO: ANÁLISE DE ALGUNS EPISÓDIOS DE *BLACK MIRROR*

Magna Campos¹

RESUMO:

Este trabalho analisa sob o prisma da crítica cultural os episódios Hino Nacional, Urso Branco, Quinze Milhões de Méritos e Queda Livre da série televisiva contemporânea Black Mirror. Na medida do possível, foram trabalhadas, de forma interdisciplinar, questões como poder e justiça. Para isso, empregaram-se os argumentos teóricos de Guy Debord e sua releitura feita por Juremir Silva, de Jean Baudrillard, de Zygmunt Bauman, de Anthony Giddens e de Julio Castro. A análise documental é feita com base nos episódios assistidos e nas legendas transcritas² para a língua portuguesa. Observa-se que o conhecimento artístico, aquele capaz de produzir objetos culturais como os episódios do seriado aqui analisados, é capaz de, por via da criatividade e dos sentidos, levar à interrogação da realidade e da sociedade contemporânea, especialmente nos entrelaçamentos das relações sociais com as novas tecnologias. Muitas vezes, o importante está em provocar as pessoas à reflexão, às vezes mais profundamente, outras vezes de forma mais rasa. Mas sempre, retirá-las da inércia crítica.

INTRODUÇÃO:

As relações humanas e reflexos das novas tecnologias nestas relações é o argumento central da série britânica *Black Mirror*. Diferentemente das demais séries de TV, *Black Mirror*

¹ Mestre em Letras (Representação e Crítica Cultural), professora universitária e escritora.

² Obtidas no site [opensubtitles.org](https://www.opensubtitles.org/pt) (<https://www.opensubtitles.org/pt>)

apresenta episódios independentes, com enredo, cenário, realidade, atores e personagens distintos a cada novo episódio, sendo todos eles interligados, entretanto, pelo argumento central mencionado que perpassa toda a série.

Charlie Brooker, criador da série, explicou em entrevista ao *Jornal The Guardian* sobre o título. Conforme o criador,

se a tecnologia é uma droga – e se sente como uma droga – então, quais são os seus efeitos secundários? Esta área – entre o prazer e o mal-estar – é onde *Black Mirror*, a minha nova série, se estabelece. O “espelho negro” do título é o que você encontrará em cada muro, em cada escritório, na palma da mão: o ecrã frio e brilhante de um televisor, dum monitor, dum smartphone³.

O “espelho negro”, que causa inúmeras reflexões e inquietações em seus telespectadores, apresenta, até o momento de escrita deste artigo, três temporadas, totalizando 13 episódios, sendo assim divididos:

³ Disponível em: <https://educacao.ymda.com.br/seriados-sobre-tecnologia-que-voce-deve-assistir/>. Acesso em: 14 maio 2017.

Quadro 01: Temporadas e episódios de *Black Mirror* até maio de 2017

Temporada 1	Temporada 2	Temporada 3
Hino Nacional	Volto já	Queda livre
Quinze milhões de méritos	Urso branco	Versão de testes
Toda sua história	Momento Waldo	Manda quem pode
	Natal	San Junipero
		Engenharia Reversa
		Odiados pela nação

Fonte: Elaboração própria com base nos dados da Netflix.

A série estreou no canal britânico, *Channel 4*, em 2011, no qual se exibiu as duas primeiras temporadas, depois foi vendida para a Netflix, tendo sua terceira temporada exibida por essa plataforma em 2016.

Neste artigo, serão analisados os episódios *Hino Nacional*, *Urso Branco*, *Quinze Milhões de Méritos* e *Queda Livre*. Esta análise traçará algumas considerações exploratórias⁴ sobre questões diversas abordadas pela crítica cultural contemporânea, tais como espetacularização e a hiperespetacularização, sociedade líquido-moderna, consumo, simulação e simulacro, deslocamento das relações sociais para os meios tecnológicos e geração de lixo humano. Todavia, é preciso alertar que não se tem aqui a pretensão de realizar uma análise mais aprofundada destas questões, tendo em vista que

⁴ Haja vista que cada episódio de *Black Mirror* daria margem a um artigo exclusivo ou trabalho ainda mais denso. E que cada categoria dessas permitiria um estudo à parte.

este artigo tem o propósito mesmo é de reunir algumas interpretações e análises mais generalistas, como forma de exercício do pensamento crítico e de se instigar novas análises.

2. *BLACK MIRROR*: A RELAÇÃO SUJEITO *VERSUS* TECNOLOGIA NA SOCIEDADE LÍQUIDA

Proceder à análise de objetos culturais, como é o caso dos episódios de uma série de grande repercussão midiática, é sempre um desafio. Mas para auxiliar a transitar por essa experiência, este artigo não fará uso de um referencial teórico construído antes e na sequência à análise, mas será empregada a estratégia de se ir apresentando o objeto de análise, a teoria e construindo-se, ao mesmo tempo, a análise por via deste percurso e entrelaçamento..

Optou-se por usar trechos de diálogos coletados das legendas dos episódios, em lugar de imagens, no intuito de aproximar o leitor da experiência de construir também, na interseção com as falas, a sua percepção e interpretação do discurso analisado. A porta de entrada, ora pode ser uma cena, ora pode ser a teoria de fundo, ora pode ser a transcrição de um diálogo do episódio, mas essa miríade só faz ampliar o espectro de interpretações possíveis e de caminhos trilhados, sem, contudo, implodir o foco da análise que lhe resguarda a coerência que o leitor necessita para compreendê-la. Ainda que discorde dela, mais tarde.

2.1 HINO NACIONAL E URSO BRANCO: ESPETACULARIZAÇÃO E A HIPERESPETACULIZAÇÃO DA VIDA E DA JUSTIÇA

Em uma sociedade dos excessos, da midiaticização da vida e do culto aos avanços tecnológicos, capazes de tornar cada pessoa num potencial produtor e publicador de conteúdos na rede, do consumo exacerbado, nela, o conceito de espetacularização se torna ainda mais relevante, e dele deriva um novo conceito, o de hiperespetaculização.

Os avanços tecnológicos presentes em nossa sociedade permitem, além de inovações, que se reflita sobre os desdobramentos da sociedade que se degradou do *ser* para o *ter* e do *ter* para o *fazer-parecer* (típico da espetacularização da vida e do monopólio da aparência). Espetacularização essa que, embora proposta por Guy Debord, em 1967, no livro *Sociedade do Espetáculo*, mostra-se ainda como um conceito do qual se podem derivar muitas reflexões importantes para análise crítica na sociedade do século XXI. Assim,

O espetáculo é a afirmação da aparência e a afirmação de toda a vida humana, socialmente falando, como simples aparência. Mas a crítica que atinge a verdade do espetáculo descobre-o como a negação visível da vida; uma negação da vida que se tornou visível. (DEBORD, 2003, p. 16)

Esse espetáculo, tal qual propõe Debord (2003, p. 14; 15; 19), “não é um conjunto de imagens, mas uma relação social

entre pessoas, midiaticizada por imagens” ele “é o coração da irrealidade da sociedade real” e “a principal produção” dessa sociedade. No espetáculo, o que se consome são as imagens midiaticizadas, antes por meio da televisão, hoje mais ainda por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, dando origem ao hiperespetáculo. Nesta contemplação da imagem, neste consumo irrefreado, mais o sujeito se distancia da compreensão de si e mais ele se reconhece nas imagens consumidas, pois

a alienação do espectador em proveito do objeto contemplado (que é o resultado da sua própria atividade inconsciente) exprime-se assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos ele compreende a sua própria existência e o seu próprio desejo. [...] O espetáculo na sociedade representa concretamente uma fabricação de alienação. (DEBORD, 2003, p. 26)

grifos nossos

E, como ensina Bauman, no livro *Vida para Consumo*⁵ (2008), neste ativismo do consumo alienante, mais o sujeito transforma-se, também, em uma mercadoria:

a forma mercadoria penetra e transforma dimensões da vida social até então isentas de sua lógica, até o ponto em que a própria subjetividade se torna uma mercadoria a ser comprada e vendida no mercado, como

⁵ Original de 2007.

a beleza, a limpeza, a sinceridade e a autonomia. (LIVINGSTONE *apud* BAUMAN, 2007, p. 152)

Mas, se no espetáculo, como propõe Silva (2007, p. 32), em sua releitura e atualização do conceito, disposta no livro *Guy Debord: antes e depois do espetáculo*, “o dispositivo de controle era a sedução”, hoje, com as telas das mais variadas mídias digitais e não apenas as da tv e do cinema, somado à interatividade, o que temos é o hiperespetáculo. Assim,

no hiperespetáculo, quando tudo se torna tela, cristal líquido e captação de imagem, todo controle é remoto. Passamos da manipulação, estágio primitivo da dominação das mentes, e da “servidão voluntária”, degrau superior da manipulação, à imersão total. [...] queremos conscientemente o que desejamos. (SILVA, 2007, p. 32)

Por isso, se o espetáculo era uma imagem do mundo, o hiperespetáculo é uma imagem de si mesmo. A era vivida é o do celular em punho para filmar tudo a qualquer momento, é a era do compartilhamento instantâneo. Afinal, “quando tudo é tela, a imagem torna-se a única realidade visível” (SILVA, 2007, p. 33).

O que dizer quando, em *Hino Nacional*⁶, a humilhação pública do primeiro ministro britânico – obrigado a realizar ato sexual com uma porca, ao vivo em cadeia nacional, para salvar

⁶ Título original *The National Anthem*, foi ao ar no Channel 4, britânico, no dia 4 de dezembro de 2011.

sua “imagem pública” e o “bem-estar de sua família” – em troca da vida da monarca sequestrada – faz com que o país inteiro pare diante de suas telas para assistirem ao espetáculo/hiperestáculo criado em torno deste evento, consumindo e estimulando atos como esse?

O ato a ser transmitido ao vivo em cadeia nacional apresenta exigências técnicas de gravação que devem ser seguidas para garantir a veracidade da cena. A notícia do sequestro da princesa, querida por defender causas ambientais e sociais, alastra-se rapidamente por meio do compartilhamento de notícias na rede e por meio de plataformas digitais como o *youtube*. Assim, o mundo todo fica sabendo do caso anunciado e passa a acompanhá-lo, ávido por mais imagens espetacularizadas/hiperespetaculizadas a respeito. O trecho do diálogo abaixo, entre a assessora e o primeiro ministro, ilustra bem essa questão:

O vídeo veio do YouTube.

Como?

Foi enviado por um IP criptografado há uma hora.

- Tire de lá!

- Tiramos 9 minutos depois, o suficiente para ser duplicado e espalhado.

Espalhado? Quantas pessoas já viram?

Tiramos do ar de um a seis clones em todo lugar.

- Quantas pessoas?

- 50.000 é a nossa estimativa.

Os noticiários já têm o vídeo.

- Estão colocando no ar?

- Não.

Censuramos com código 5 e estão reclamando.

Por enquanto.
Já é assunto no *Twitter*.
Pelo amor...
Porra de Internet! (HINO NACIONAL, 2011,
6 - 7:30 min.)

[...]

A cobertura do *Facebook* é bem abrangente.
- Pode ser.
- É como acontecer o 11/9 e...
Não somos uma sala de bate-papo!
Está na CNN e na Fox.
Também na MSNBC, *Al Jazeera*, NHK...
Está bem!
Meu Deus, esse planeta! (HINO NACIONAL, 2011, 9 min.)

Além da rapidez com que o hiperespetáculo se faz, observa-se que não há apenas a reclamação da mídia, mas sim um “desespero da mídia” do país por ter sido impedida pelo poder público de alimentar ainda mais as notícias sobre o sequestro e o pedido inusitado de resgate. Assim, a mídia não podia ditar às pessoas em torno do que falar. Embora na sociedade do hiperespetáculo, se se pode exercer algum controle sobre certas mídias, não se têm controle sobre outras. Pois, “o hiperespetáculo existe em tempo real, 24 horas por dia” (SILVA, 2007, p. 34). Nele, há sempre alguém ou algum mecanismo à espreita, ávido por compartilhar, seja lá o que for.

Espetáculo/hiperespetáculo reforçado ainda quando se observa que, diante da exigência de resgate ditada pelo terrorista de que o primeiro ministro Michael Callow transe com uma porca, o poder público se posiciona se deve ou não atender

a tal exigência, alimentado constantemente pelos resultados das enquetes com pesquisa da opinião popular em tempo real. Opiniões que oscilam entre o compadecimento com o primeiro ministro no início da situação, ao clamor pelo sacrifício de sua imagem em prol da vida da princesa Susannah, após a suposta mutilação de um dedo dela, pelo sequestrador. Nos dois trechos adiante do diálogo entre a equipe que acompanha o primeiro ministro e ele, evidenciam-se o subjuízo à opinião pública e às enquetes em tempo real:

Faltando 3 horas para acabar o prazo
O tempo está acabando para o Primeiro Ministro...

Eles entraram, não é?

Acha que eu estaria aqui se tivessem entrado?

Faça um pronunciamento sobre o resultado.

Segurança é algo compreensível.

Não consigo pensar em segurança agora!

- Mas estão em posição?

- Existe simpatia por você.

Toda enquete indica compreensão, nojo do sequestrador, a situação ofensiva, mas não se refere a você.

Se a equipe de Walker falhar

- não digo que vai -

o público antecipará a ira.

Protestos acontecerão como sempre, mas não será nada além do esperado.

Resumindo: se ele a matar, não haverá sangue em suas mãos. (HINO NACIONAL, 2011, 20-22 min.) **grifos nossos**

[...]

Horas atrás, a opinião pública estava apoiando Callow, com apenas 28% do público crendo que ele deva realizar o pedido bizarro e ilegal.

Mas devido às imagens e à entrega do dedo da princesa, isso tem mudado.

Será humilhante, mas nada comparado ao sofrimento dela.

Com o surgimento do dedo, ele tem que fazer isso.

Fazendo isso, qual a alternativa?

Votamos em outro Primeiro Ministro.

Não podemos viver sem uma princesa.

Se ele não conseguir libertá-la, ele está acabado, não é?

As pesquisas *on-line* sugerem que 86% dos eleitores agora acreditam que o pedido deve ser realizado. (HINO NACIONAL, 2011, 25 min.) **grifos nossos**

Essa pressão da opinião pública e o acatamento do poder público a essa imagem influenciam fortemente a decisão do primeiro ministro de atender à exigência do sequestrador. E muitos telespectadores, não satisfeitos em consumir o espetáculo final, gravam com seus celulares as cenas para registrar o ocorrido e certamente distribuí-las pela rede, quando o vídeo fosse retirado do ar, hiperespetaculizadas, entronizando a visibilidade sem direito a ser passado, e coroando a presentificação. Ocorre, assim, a retroalimentação das mídias pelas redes sociais e das redes sociais pela mídia.

É a tecnologia, capilarizada nas mais variadas mídias, que submete, até mesmo, os que aparentemente detêm o poder, a seus efeitos, muitas vezes, negativos, tal como na metáfora do

Carro de Jagrená⁷, usada por Guidens, no livro *Consequências da Modernidade*. Carro esse sobre o qual só se tem controle até certo ponto, após isso, ameaça escapar e fugir ao controle, andar erraticamente e fazer vítimas àqueles que o acompanhavam, totalmente imprevisível. Metáfora que se pode dizer no contexto aqui analisado, como aludindo ao tamanho assujeitamento à tecnologia impulsionadora do espetáculo e propiciadora do hiperespetáculo.

Enquanto todos olham para as janelas midiáticas e se veem nelas, numa tarde em que todos tão abduzidos pelo espetáculo/hiperespetáculo, as ruas da cidade são deixadas desertas, as janelas das casas vazias⁸, a tal ponto que ninguém percebe que a princesa está largada na rua, intacta, meia hora antes de o ato começar ao vivo. O que poderia ter impedido o assujeitamento do ministro à sentença sobre ele traçada.

⁷ O carro de Jagrená, “uma máquina em movimento de enorme potência que, coletivamente como seres humanos, podemos guiar até certo ponto, mas que também ameaça escapar de nosso controle e poderia se espatifar. O carro de Jagrená esmaga os que lhe resistem, e embora ele às vezes pareça ter um rumo determinado, há momentos em que ele guina erraticamente para direções que não podemos prever. A viagem não é de modo algum inteiramente desagradável ou sem recompensas; ela pode com frequência ser estimulante e dotada de esperançosa antecipação. Mas, até onde durarem as instituições da modernidade, nunca seremos capazes de controlar completamente nem o caminho nem o ritmo da viagem. E nunca seremos capazes de nos sentir inteiramente seguros, porque o terreno por onde viajamos está repleto de riscos de alta-consequência. Sentimentos de segurança ontológica e ansiedade existencial podem coexistir em ambivalência. O carro de Jagrená da modernidade não é uma peça inteiriça, e aqui a imagem falha, da mesma forma que o que se diga de um único caminho que ele percorre. Não se trata de uma maquinária integrada, mas de uma máquina onde há um puxa-e-empurra tenso e contraditório, e de diferentes influências.” (GUIDENS, 1991, p. 140)

⁸ Os que bisbilhotam a vida alheia migraram para outras janelas, as virtuais, cujo potencial de desnudamento da vida do outro - consentido ou furtado - é infinitamente maior e sem cerimônia.

- Soltaram ela?
 - Estava cambaleando na cidade.
Estava sedada. Muito grogue, mas sem ferimentos.
 - E o dedo dela?
 - Não é dela. O DNA é masculino.
 - O quê?
 - E tem mais uma coisa:
Conseguimos imagens do circuito fechado às 15h.
- Parece que ele a deixou ir 30 minutos antes do evento.** (HINO NACIONAL, 2011, 39-40 min.)

E se o “sacrifício” da reputação do primeiro ministro para “salvar” a princesa lhe traz, mais adiante, uma imagem pública que beira ao heroísmo com mais prestígio político que antes, a sua vida pessoal e seu casamento se desmoronam após o ocorrido.

A sociedade da aparência se mostra aí com força total, pois as pessoas são guiadas pelas imagens formadas e todas alimentam as redes sociais com discussões e mais imagens a respeito, formando um novo conjunto de imagens cujo sentido é sempre o mesmo. Pois, quando tudo é imagem, não há mais o que refletir:

O hiperespetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma imagem única, sob a aparência da diversidade, que não permite reflexão. Imagem irrefletida. Nem utopia nem distopia. Pode-se mudar de canal, mas não de programa. Pode-se mudar de rede, mas não de sentido. (SILVA, 2007, p. 33) **grifos nossos**

E ele tem continuidade no próximo evento que lhe tome lugar. Sendo assim, o hiperespetáculo não elimina o espetáculo, mas o acelera, potencializa-o e descarta-o, indiferente às consequências que possam ter tudo isso.

Consequências que podem também ser analisadas no episódio Urso Branco⁹, no qual um parque temático chamado Parque de Justiça Urso Branco¹⁰ se torna o espaço do hiperespetáculo por excelência: a justiça espetacularizada. Uma realidade paralela, com um palco de uma justiça que retorna à medievalidade da punição, mas que remete, ao mesmo tempo, à contemporaneidade do hiperespetáculo que suga a todos os envolvidos para o túnel do consumo de aparências típicos do espetáculo, potencializado pela hipermídia e pela perda dos referenciais.

Neste episódio, Victoria Skillane é condenada pela justiça, não com a perda de liberdade, mas a reviver o mesmo sofrimento que impôs à vítima, a menina de seis anos chamada Jemima Syke. De acordo com o enredo, Victoria e o noivo, Iain Rannoch, sequestraram, torturaram, mataram e queimaram o corpo da menina. Victoria teria filmado toda a tortura passivamente, enquanto o noivo agia, sendo, portanto, cúmplice do crime brutal. Essas gravações foram apreendidas no celular de Victoria, quando capturada. O nome do parque, Urso Branco, remete a um ursinho com que a menina brincava e que serviu como pista para os policiais.

⁹ Título original *White Bear*, exibido no Channel 4, britânico, em 18 de fevereiro de 2013.

¹⁰ *White Bear Justice Park*

A justiça lhe imputa a pena equivalente ao crime, qual seja: a de reviver diariamente, sem que se lembre – por meio de uma espécie de lavagem cerebral potencializada e rápida – a experiência de ser filmada por todos, sem que lhe prestem nenhum socorro, apenas de registrarem, enquanto tenta horrorizada fugir de pessoas que a perseguem e, supostamente, tentam matá-la. Tudo isso em um cenário criado ao estilo de um parque temático próprio para um *reality show* de grande sucesso, destinado ao cumprimento da sentença: nova versão da prisão –afinada com a proposta do espetáculo – totalmente voltada para o *voyeurismo*¹¹ e para a vigilância.

O debate em torno das questões das punições na sociedade líquido-moderna, em uma sociedade em que a segurança passa a ser também uma mercadoria vendida e consumida, portanto, desejada, é tema de reflexão de Bauman, no livro *Vida Líquida* (2007)¹². Esse debate pode ser explorado na leitura crítica do episódio, pois, de acordo com Bauman (2007, p. 65; 66),

da sociedade de hoje, não se espera que alguém sofra dor a menos que administrada pelas autoridades competentes como punição merecida por mau comportamento. [...] O direito de decidir sobre esse assunto é um dos principais objetivos da luta de poder, e as decisões que refletem a atual hierarquia

¹¹ De acordo com o Dicionário Eletrônico de Língua Portuguesa, Houaiss 3.0, o termo *voyeurismo* é a forma de curiosidade mórbida com relação ao que é privativo, privado ou íntimo.

Ex.: o v. invasor de alguns internautas

¹² Original de 2005.

das forças permanecem em vigor (ainda que não necessariamente sem ser questionadas) enquanto essa hierarquia persistir.

O poder de decidir, no episódio, está na justiça, mas em uma justiça fundida com a cultura do espetáculo, assistida e sabida pelos espectadores imersos no próprio parque-justiceiro, mas desconhecida da ré – salvo nos poucos minutos antes da próxima seção de apagamento/formatação de suas memórias. Assim, o papel da pena é o de servir de exemplo, mas não resguarda qualquer relação com a correção da infratora, com sua reabilitação. Ela é apenas o objeto do *voyeurismo* consumido, uma mercadoria a ser consumida como expurgo social e como exemplo de comportamento a não ser seguido. Mercadoria do *voyeurismo*, tal qual destacado por ela, sem entender o que os observadores-personagens fazem:

Meu Deus!
O que esse povo tem?
Por que não nos ajudam?
Só assistem... (URSO BRANCO, 2011, 7 min.)

[...]
Qual o problema de vocês?
Quer algo para olhar?
Por que vou dar algo para olharem! (URSO BRANCO, 2011, 13 min.)

Diferentemente dos presídios de detenção máxima, não são guardas armados os que vigiam, resguardando a ordem e a segurança do local, mas os próprios participantes da encenação, armados aí com seus celulares e seus silêncios, até

o grande desfecho, quando são inflamados a gritarem e expurgarem seu ódio sobre Victoria.

Neste contexto, a justiça volta em seu procedimento punitivo, à tradição medieval da *vendetta*, que se refere a punir com sofrimento que se assemelhe ao crime cometido, para servir de exemplo, como explica Bauman (2007, p. 66):

Localizar e apontar um suposto culpado pelo sofrimento tem outra vantagem: pode ser seguido pela busca de uma compensação. [...] A cultura da vitimização e compensação remonta à antiga tradição da *vendetta*, que a modernidade fez tudo para banir e enterrar, mas que nos tempos líquido-modernos parece estar emergindo, reencarnada, de sua cova rasa.

E para atender ao clamor do público, que assiste e imerge alienado ao espetáculo encenado. É a celebração da justiça-entretenimento vendendo sua mercadoria à altura do gosto do consumidor! Constatação que pode ser inferida do trecho abaixo retirado do episódio, quando o apresentador do *reality*, Patrick Lacey, se mostra e explica para Victoria o que ela está fazendo no “Urso Branco”:

O júri e o juiz não foram convencidos por Skillane, que a chamou de "peculiarmente perversa e maligna".

“Você assistiu entusiasmada o sofrimento de Jemima. Revelou-se ativamente na angústia dela”, disse, adicionando que a punição dela seria proporcional e exemplar.

Por se enforcar na cela, muitos creem que lain fugiu da justiça.

O público quer que não aconteça o mesmo com a cúmplice.

[...]

Não comece a chorar.

Lágrimas de crocodilo me deixam com nojo!

Assassina!

Assassina!

Não havia lágrimas quando assistiu o que ele fez.

Você filmou o que ele fez. Uma pobre garotinha.

Desamparada e aterrorizada, e você só assistiu.

Como você gosta, agora?

Como você gosta?

Assassina! (URSO BRANCO, 2011, 30-31 min.) **grifos nossos**

A cena em que Victoria é levada de volta para a casa, onde se daria reinício, no dia seguinte, a toda a encenação, é o clímax do espetáculo, pois a personagem sai enjaulada em sua gaiola de vidro, na traseira de um carro, ao estilo “papa móvel”, que desfila diante do clamor do apresentador que insufla os presentes a gritarem – como na era medieval nas condenações das supostas feiticeiras e bruxas – todos os tipos de improperios, e a atirarem comidas e objetos na mulher (esponjas de sangue falso, vendidas no parque). O carro com a prisioneira segue em cortejo, com Victoria totalmente atordoada ao saber o que fez e o que significava tudo aquilo:

Boa noite, cidadãos!

Muito obrigado por virem essa noite.

Estamos no clímax do nosso dia.

Tirem quantas fotos quiserem, tirem quantas puderem, mas o mais importante que eu quero de vocês é que

**gritem, berrem e deixem aquela piranha
saber que vocês estão aqui!**

Vamos começar esse programa!

Puta assassina!

Bruxa maligna!

Vagabunda safada!

Queimem a vadia!

Assassina!

Vá queimar no inferno!

Mate-me.

Por favor, me mate.

- Por favor...

- É o que você sempre diz.

**Você teve um dia ruim, mas isso vai te
pôr no clima para começar de novo.**

(URSO BRANCO, 2011, 32-35 min.) **grifos
nossos**

A cadeira da visibilidade, na qual Victória é transportada dentro da “jaula” de vidro, não é uma cadeira elétrica, mas bem poderia sê-la, uma vez que, dia após dia, expõe Victoria ao mesmo choque terrível da revelação e decreta sua morte social, e também a sua morte diária, pelo apagamento de sua memória. Uma cadeira fixa em em um carro, cujo objetivo é expor o animal enjaulado, “acorrentado” e submisso à vontade de seus inquisidores. E nesse espaço de punição, na gaiola de vidro, nenhuma vitória é possível a Victória, por uma perspectiva mais simplista. Entretanto, por outra mais crítica e até mesmo irônica, pode-se refletir que talvez seja uma “vitória” abduzir os espectadores que assistem alienados, no parque ou em casa, ao espetáculo construído a partir dela, consumindo toda sorte de ideias e de produtos que lhe são ofertados pela *vendetta* remodelada pelas mídias. Produtos como as imagens,

filmadas por cada espectador-participante do espetáculo, ou aquelas transmitidas aos demais internautas pelo próprio programa-parque, não se esquecendo, é claro, das as tais esponjas de sangue falso – cólera falsa insuflada e inflada até parecer-se real, um verdadeiro simulacro expurgante do ódio, fomentado por tal indústria da justiça como mercadoria de consumo.

Em Urso Branco, o “espelho negro”, apesar de parecer tratar de uma realidade distante, pode ser aproximado, ao se pensar em quantas decisões a justiça tem dado ao clamor do público, pressionada pelo sensacionalismo midiático, pela rapidez da repercussão de certas “notícias” – os quais fazem seu próprio julgamento antes mesmo da apreciação do caso em tribunal apropriado e dá seu veredicto, queimando nas fogueiras digitais e não digitais as imagens daqueles que caem sob sua “santa inquisição”. Ou ainda, aos vazamentos seletivos de informações da justiça para as mídias que visam alimentar e retroalimentar o espetáculo/hiperespetáculo em que se tornam alguns julgamentos. O episódio só faz fundir mídia e justiça, numa roupagem líquido-moderna de justiça, aqui não mais com a ideia do ato ou efeito de julgar, mas no sentido de punição associada ao entretenimento. A pior roupagem que lhe poderia ser dada, pois parece acrescentar proteção e justiça, quando na verdade sucumbe ao imediatismo e clamor alienado da turba!

2.2 Quinze milhões de méritos e Queda livre: sociedade de consumo, simulação e simulacro

No episódio *Quinze milhões de méritos*¹³, o espetáculo/hiperespetáculo ganha novos elementos que podem ser somados a outros conceitos da crítica cultural, como os de simulação e de simulacro, tal qual propostos por Jean Baudrillard, no livro *Simulacros e Simulação*¹⁴, de 1991, e de vida líquida e medo líquido, propostos por Zygmunt Bauman, nos livros *Vida Líquida* (2007), *Medo líquido* (2008)¹⁵ acrescidos ainda pela ideia de transformação dos sujeitos em mercadorias, disposto em *Vida para Consumo*, alguns destes já mencionados no tópico anterior.

A história centra-se nos personagens Bing Manson e Abi Carner e nas suas tentativas de se desviarem do ciclo consumista-produtivo-consumista-produtivo.

Nesse episódio, os personagens vivem em seus “quadrados” – quartos cercados pelas telas virtuais onipresentes que lhes formam as paredes e projetam um mundo virtualizado e virtualizante – de onde só saem para irem a uma sala-academia na qual produzem energia, pedalando suas bicicletas ergométricas modernas, na frente de telas virtuais individuais. Quando saem desses dois ambientes, quarto e sala de bicicletas, os personagens estão em elevadores estreitos, corredores ou refeitórios, cercados de tonalidades

¹³ Título original *Fifteen Million Merits*, exibido no Channel 4, britânico, em 11 de dezembro de 2011.

¹⁴ Original de 1981.

¹⁵ Original de 2006.

cinza, prata e preta, e forte luz branca, criando um ambiente atemporal.

Esses personagens são bombardeados, a todo o momento, pela onipresença das telas virtuais, que despejam informações e publicidades, para consumirem. Neste cenário, quase não se vê a interação real entre os personagens, ainda que convivam no mesmo ambiente. Sendo assim, esse episódio mostra uma mudança nas relações sociais, pois, nele, são os avatares, processados nas mais diversas telas onipresentes, que têm alguma vida “social”, enquanto as pessoas que eles representam vivem confinadas e entorpecidas em seu mundo asséptico, atemporal e sombrio. A experiência de viver está no virtual e não no real.

Aqui, a ideia de simulacro proposta por Baudrillard (1991) fica evidente. A representação pelos signos já não apenas figura um referente, mas simula essa representação. Assim, o simulacro é presença ausente das coisas, sua segunda via, pois a primeira é a representação. O simulacro distorce o real ao mesmo tempo em que se confunde com ele, tornando-se, muitas vezes, mais atraente que o real. Seu objetivo é a fascinação e a alienação. Como argumenta o autor:

Nesta passagem a um espaço cuja curvatura já não é a do real, nem a da verdade, a era da simulação inicia-se, pois, com uma liquidação de todos os referenciais – pior: com a sua ressurreição artificial nos sistemas de signos, material mais dúctil que o sentido, na medida em que se oferece a todos os sistemas de

equivalência, a todas as oposições binárias, a toda a álgebra combinatória. Já não se trata de imitação, nem de dobragem, nem mesmo de paródia. Trata-se de uma substituição no real dos signos do real, isto é, de uma operação de dissuasão de todo o processo real pelo seu duplo operatório, máquina sinalética metaestável, programática, impecável, que oferece todos os signos do real e lhes curto-circuita todas as peripécias. (BAUDRILLARD, 1991, p. 9)

O real torna-se o operacional, o hiper-real, produto da síntese de modelos que se combinam no hiperespaço:

O real nunca mais terá oportunidade de se produzir – tal é a função vital do modelo num sistema de morte, ou antes, de ressurreição antecipada que não deixa já qualquer hipótese ao próprio acontecimento da morte. Hiper-real, doravante ao abrigo do imaginário, não deixando lugar senão à recorrência orbital dos modelos e à geração simulada das diferenças. (BAUDRILLARD, 1991, p. 9)

A simulação precisa de um modelo de realidade para explorar, para modificar e torná-lo mais atrativo. Mais ilusório e alienante, por isso hiper-real, mais real que o real. Não é fingir, mas mais que fingir, já que simular tem relação com a realidade ao passo que fingir não. E atualmente esta transmutação de objeto → signo e de signo → simulacro tem cada vez mais virado valor de uso e de troca, pois:

Os signos evoluíram, tomaram conta do mundo e hoje o dominam. Os sistemas de

signos operam no lugar dos objetos e progridem exponencialmente em representações cada vez mais complexas. O objeto é o discurso, que promove intercâmbios virtuais incontroláveis, para além do objeto. [...] Atualmente, cada **signo está se transformando em um objeto em si mesmo e materializando o fetiche, virou valor de uso e troca a um só tempo.** Os signos estão criando novas estruturas diferenciais que ultrapassam qualquer conhecimento atual. Ainda não sabemos onde isso vai dar. (BAUDRILLARD, 2003, p.1)

Neste episódio, todos os ambientes fazem parte de uma grande simulação. Todas as telas reproduzem cenários existentes no mundo real, simulados, um hiper-real, que faz parte da vida de todos ali dentro. Metaforicamente, o ambiente todo lembra uma colônia de formigas, organizada em “sulcos” e “câmaras”, com sua casta de operários encarregados de gerar a energia que alimenta todo o sistema, de forma mecânica e contínua, e soldados, representados no episódio pelas telas ubíquas que controlam se os operários-consumidores-geradores estão olhando-consumindo toda informação e publicidade que lhes são dirigidas, sem direito a renunciá-las. A metáfora fica mais nítida quando Bing e Abi, em uma cena no refeitório, na qual ele tenta convencê-la a se inscrever no *Hot Shot*, aparece ao fundo, através da enorme parede de vidro (a única que não é uma tela digital), as várias camadas da colônia, com seus vários “operários” pedalando sem parar em suas bicicletas geradoras

de energia e de méritos, trajados com seus uniformes de moletom cinza.

O trabalho dos personagens geradores da energia que alimenta o sistema lhe é pago em pontuações que lhes permitem comprar objetos que não são reais (simulacros), novas virtualizações, como acessórios para seus avatares, por exemplo. Quanto mais pedalam, mais ganham pontuações, “méritos”, para acumularem e customizarem seus avatares e comprar outras virtualizações, como o acesso a algum programa de TV, à pornografia, a jogos e a outros entretenimentos anunciados pelas incessantes publicidades.

Uma realidade cíclica se mostra no episódio: a realidade de produzir para consumir e de consumir para produzir, pois os personagens geradores precisam pedalar para produzirem energia e, com isso, ganharem pontuações para poderem consumir. Inclusive o que vão ver nas telas virtuais que estão às suas frentes enquanto pedalam ou os jogos que irão jogar durante esse tempo precisam ser pagos por suas pontuações. Ao consumir, eles precisam produzir mais energia, para acumularem mais moeda de troca para consumirem mais. Até mesmo para comerem suas comidas sintéticas e suas maçãs (*única coisa que é quase real, e ainda cresceu numa placa de Petri*¹⁶), fornecidas por máquinas, precisam de pontuações para pagar cada produto retirado. E, a eles, não é dada a opção de não olhar para as telas, pois o sistema emite um aviso insistente (*retomar visualização/ retomar visualização/ retomar*

¹⁶ (QUINZE MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 18 min.)

visualização...¹⁷), quando desviam ou fecham os olhos por muito tempo, denunciando que eles precisam consumir o tempo todo e todo tipo de realidade simulada e de publicidade que lhes são endereçadas.

Quem é o consumidor e quem é o objeto de consumo nesta realidade cíclica? Indagação que alude ao proposto por Bauman, quando afirma que

na vida líquida, a distinção entre consumidores e objetos de consumo é, com muita frequência, momentânea e efêmera, e sempre condicional. Podemos dizer que a regra aqui é a reversão de papéis, embora até mesmo essa afirmação distorça a realidade da vida líquida, na qual os dois papéis se interligam, se misturam e se fundem. (BAUMAN, 2007, p. 18)

E assim, fundidos entre consumir e ser consumido, não se percebe o estímulo ao contato interpessoal, ao contrário, cada personagem é sugado por seu “mundinho” virtual, despertando uma vez ou outra, pelos encarregados da limpeza do ambiente. Limpadores esses que são o refúgio do sistema de produtores de energia, por serem pessoas que engordaram e não conseguem mais passar a maior parte do tempo produzindo energia em suas bicicletas. A esses personagens, os limpadores, é relegada uma classe inferior a dos produtores, pelo sistema, trajados com uniformes amarelos-“envergonhados”. São esses também os alvos de ataques e jogos de humilhação nos

¹⁷ (QUINZE MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 9 min.)

programas – como o *Fat Attack* – exibidos nas telas virtuais individuais dos produtores de energia, a fim de diverti-los com as bizarrices do *bullying* proporcionado, bem como, dos ataques e humilhações pessoais de um dos personagens coadjuvantes, do grupo dos produtores, que reproduz irrefletidamente o comportamento e o tratamento que vê nos programas de sua tela. Como pode ser exemplificado na fala do personagem coadjuvante produtor, em que o personagem se irrita com o limpador por distraí-lo de um vídeo de pornografia que consumia enquanto pedalava:

Quer me matar de susto, baleia?
Seu reflexo me assustou!
Um minuto estou com uma mulher, depois
tem um porco me olhando.
Você esqueceu.
Pudim de banha!
Você viu?
Pudim de banha do caralho. (QUINZE
MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 6-7 min.)

Portanto, os personagens obesos passam a fazer parte do lixo humano, tal qual propõe Bauman (2007, p. 19):

As partes do mundo impróprias para o serviço, ou não mais capazes de realizá-lo, tornam-se irrelevantes e desassistidas, ou são descartadas e varridas para longe. Essas partes são apenas os detritos do zelo autorreformista, sendo a lata de lixo seu destino natural.

No caso, de forma irônica, pode-se dizer que os refugos do sistema produtivo passam a varrer o lixo, a catar os detritos

dos produtores e a receberem, literalmente, o lixo do tratamento humano.

Simulacro que pode ser observado no trecho em destaque no do diálogo entre Bing e Abi, quando ele oferece a ela parte de sua quantia de méritos acumulados para que compre um passaporte para o *Hot Shot*, transcrito da legenda em português, abaixo:

Eu te dou as 12 milhões [de méritos].

- Não seja ridículo!
- Sério, eu tenho de sobra.
- Você tem 12 milhões de sobra?
- Meu irmão deixou para mim.
- Ele tem um canal, não é?
- Não, ele...

Ele morreu.

Ele morreu no ano passado, e transferiram para mim.

Custa mais de seis meses, mas guardei.

Então por que não investiu em você?

E comprar o quê?

Tênis para o meu avatar usar?

Sei lá, atualizar seu sistema...

Ou ganhar um passe para a temporada do Fat Attack?

Compre um papel de parede daqueles novos que conversam e resolve seus problemas.

Guiam seus sonhos como gurus. É incrível o que eles fazem.

Um *plug-in* que me mostra como pareço um lobisomem?

- Qual o sentido?
- Pode ser divertido.

São só coisas.

São...

São coisas, são futilidades, são...

Você tem algo verdadeiro.

Você me ouviu cantar num banheiro.
Isso é verdadeiro?
Mais que tudo que aconteceu no ano todo.
Não posso tirar essa pontuação de alguém.
São 12 milhas, nada disso.

Deixe-me fazer isso.

Eu olho tudo aqui, e quero...

Só quero que algo real aconteça.

Só uma vez. (QUINZE MILHÕES DE
MÉRITOS, 2011, 20-22 min.) **grifos
nossos**

O desejo de provar a realidade, em lugar da simulação anestesiante e insípida, move Bing. E a única perspectiva que se aparenta – pelo menos na percepção inicial dos personagens centrais da trama, Bing e Abi – capaz de alterar esse *status quo* é a participação do *reality show*, *Hot Shot*. Afinal, “numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas” (BAUMAN, 2008, p.22). Os personagens que acumulam uma grande pontuação, 15.000.000 de méritos¹⁸, podem comprar uma espécie de passaporte para participar desse *Hot Shot*, uma espécie de programa de auditório, como Ídolos, X-Factor e Astros. Aos que conseguem sair das “colônias” de geração de energia e, com isso, livrar-se das pedaladas, é dada a oportunidade de compor a pequena elite do sistema, formada por aqueles não precisam pedalar para “viver”.

Novamente aqui, pode-se citar Bauman e seu pensamento sobre programas no estilo do que se apresenta em Quinze milhões de méritos. Conforme ele,

¹⁸ Passaporte que Bing pensava ser 12 milhões a princípio.

Os contos morais de antanho tinham como tema as recompensas à espera dos virtuosos e as punições preparadas para os pecadores. *Big Brother, The Weakest Link* e os inúmeros contos morais semelhantes oferecidos aos habitantes de nosso mundo líquido-moderno, e por eles avidamente absorvidos, reiteram outras e diferentes verdades. Primeiro, que a punição é a norma, e a recompensa, uma exceção: os vencedores são aqueles que escaparam à sentença universal da eliminação. Segundo, que os vínculos entre a virtude e o pecado, de um lado, e entre a recompensa e a punição, de outro, são ténues e fortuitos. (BAUMAN, 2008, p.43)¹⁹

O hiperespetáculo se faz presente e reforça a simulação e o consumo. Esse *reality* está o tempo todo sendo anunciado e transmitido nas telas onipresentes a que os personagens estão submetidos, e que traz como nomes dos três jurados elementos que ajudam a entender seus papéis ali: *Charity* (caridade), *Hope* (esperança), *Wraith* (fantasma). A primeira mostra que se deve ouvir o candidato, dá-lhe uma chance; o segundo, diz aos candidatos que há um mundo sem ter que pedalar e é o responsável por efetivar as propostas àqueles que têm algo excepcional a oferecer ao público, e o terceiro aterroriza os candidatos com propostas inesperadas, assombrando-os com sua crueza diante das necessidades do mercado de entretenimento. Afinal,

¹⁹ Será mantida a ortografia portuguesa da tradução usada e não a brasileira.

esse mundo, como os *reality shows* têm mostrado vividamente e provado de forma convincente, se refere a "quem manda quem para a lata de lixo"; ou melhor, quem o fará primeiro, enquanto ainda há tempo de fazer com os outros o que eles muito desejariam, se tivessem a chance, fazer com você - e antes que eles consigam agir de acordo com seus desejos. (BAUMAN, 2008, p.39)

Talvez, por isso, aos candidatos que irão se apresentar, segundos antes de entrarem no palco superiluminado e colorido, seja lhes dado um líquido em caixinha para ser tomado, cujo nome é *Compliance*²⁰, certamente, conformidade ajudará na aceitação, seja qual for a decisão dos jurados a respeito do destino dos candidatos, haja vista como analisa Bauman (2008, p.43), em citação passagem anterior, “a punição é a norma, e a recompensa, uma exceção”. O que esperar de um programa que designa os candidatos como objetos de consumo, desde o início, tanto que os chama de “lote”?

Mas como na cultura da simulação não há escapatória, quando Abi participa do *reality* como cantora, o convite para deixar de pedalar chega, todavia não para ser cantora, como esperado. E sim, para ser atriz em um canal erótico de grande sucesso na colônia. Pressionada pelos jurados e pela imensa plateia – formada não de pessoas, mas de virtualidades (avatares) dos operários que estão em seus quartos consumindo o programa transmitido em suas telas-paredes – ela aceita.

²⁰ Conformidade, em português.

Passa a fazer parte do simulacro, mas agora do outro lado, como objeto a ser consumido.

Milhões de pessoas.

Todas elas, lá, agora!

Pedalandando por um dia na bicicleta, enquanto você fica na luz que eles geram e transmitem.

Sabe de uma coisa?

Eles dariam e fariam qualquer coisa para estar onde você está agora.

Não estou certo?

Você quer desrespeitar isso tudo como se fosse nada.

Como se eles não fossem nada.

Isso me enjoa.

Mas sabe de uma coisa?

Talvez seu lugar seja a bicicleta, porque você não parece muito disposta a sair dela.

- Eu quero.

- Temos uma decisão?

Aceite! Aceite!

Aceite! Aceite. (QUINZE MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 37-38 min.) **grifos**

nossos

Essa decisão causa desespero em Bing, que se sente, pelo que se percebe, responsável pelo destino de Abi. Ele então se prepara para também participar do *reality* e trabalha incansavelmente na acumulação de méritos, para comprar o novo passaporte.

Dentro do *Hot Shot*, Bing faz uma apresentação de dança, mas a interrompe e coloca na garganta um pedaço de vidro de uma tela quebrada, ameaçando-se, caso não fosse ouvido pelos jurados. Nesta hora, seu desespero com o sistema opressor, sua percepção da irreabilidade, do simulado, são

colocados para fora, com força e virulência. Passagem, que embora mais longa, reproduz-se aqui:

Não tenho um discurso!

Não me preparei, nem tentei.

Eu sabia que tinha que vir, ficar aqui e quero que escutem.

Ouvir mesmo, não fazer cara de quem ouviu como o tempo todo.

Um rosto que vissem ao invés de processá-lo.

Vocês criam um rosto, empurram-nos para o palco e cantamos, dançamos e damos cambalhotas.

E tudo que veem aqui não são pessoas, mas forragem.

E quanto mais falsa, mais vocês adoram, porque pasto falso é o que dá mais certo.

É o que podemos engolir.

Na verdade, nem todos.

Podemos ver dor e vício.

Colocamos um gordo num poste e rimos porque temos o direito, tempo de cela e ele não, então rimos dele!

Porque estamos tão desesperados, que não conhecemos nada melhor.

O que sabemos é de comida falsa e comprar merda!

É como conversamos e nos expressamos: comprando merda.

Se eu sonho?

O ápice dele é um novo *app* para as paredes, nem existem! Nem estão lá!

Compramos merdas que nem estão lá!

Mostrem-nos algo real, grátis e bonito.

Não conseguiriam.

Isso nos abalaria.

Mas estamos muito entorpecidos.

São maravilhas demais para suportar.

Quando encontram algo, nos dão em porções escassas.

Só é aumentada, embalada e bombeada por 10.000 filtros, até que não seja nada mais que séries de luzes sem sentido, enquanto pedalamos dias a fio indo para onde?

Dando energia a quê?

Todas as celas e telas pequenas e grandes também, e fodam-se!

"Fodam-se" é no que se resume!

Fodam-se por se sentarem aí e lentamente piorar as coisas!

Fodam-se vocês, o holofote e as caras de santos de vocês!

Fodam-se por pensarem que a única coisa que me aproximei nunca significou nada!

Por brincarem e transformarem num osso, numa piada.

Mais uma piada horrível em um reino de milhões!

Fodam-se por isso acontecer!

Fodam-se por mim, por nós, por todo mundo! (QUINZE MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 53-55 min.) **grifos nossos**

Mas ao contrário do que se espera, essa pungência de seu discurso, transmitido em todas as telas é vista pelos jurados como uma oportunidade para aproveitá-lo em um programa para expor suas opiniões e pensamentos, um pouco de “realidade” para ser mais uma simulação a ser consumida pelos operários da colônia, envolta em seus “10.000 filtros até que não seja nada mais que séries de luzes sem sentido” (QUINZE MILHÕES DE MÉRITOS, 2011, 54 min.). Em seu lugar, é a conversão do personagem em uma mercadoria de maior valor que opera e que prevalece na cena final, quando Bing aceita a proposta de fazer um programa no qual ele irá

gravar doses diárias de sua “fúria” e de seu “pensamento contracorrente,” para o consumo alienado dos demais operários da colônia, em troca de não mais ter que se submeter às pedaladas incessantes.

Em outro episódio, Queda Livre²¹, a cultura da performance se avoluma, na “batalha” diária pela boa qualificação, pela popularidade, tanto no mundo *on-line* quanto no *off-line*. Os personagens neste episódio estão aparelhados com lentes digitais que lhes permitem gravar memórias e resgatá-las a qualquer momento, ou acessar conteúdo necessário às interações sociais, além de, por meio delas, conseguir verificar em tempo real a pontuação das pessoas com quem interagem. Essas lentes funcionam como uma extensão do próprio corpo, implantes, e são complementadas por uma espécie de *smartphone*, conectado a uma rede social, ao estilo do *Instagram*, na qual se postam fotos e se recebe de 1 a 5 estrelas como qualificação. Mas o aparelho serve também para qualificar as pessoas com quem se interage nas relações sociais. Tudo precisa ser pontuado/qualificado o tempo todo.

Neste episódio, também a ideia do simulacro pode ser trabalhada, pois as fotos e interações sociais não são baseadas na realidade, mas sim, num hiper-real, numa performance, muitas vezes, ensaiada e dissimulada, com sorrisos e poses treinadas para agradar e chamar atenção em busca de boas qualificações. O conjunto das qualificações recebidas nos universos *on-line* e *off-line* é relativizado à pontuação de quem

²¹ Título original *Nosedive*, estreou na Netflix no dia 21 de outubro de 2016.

atribui, pois as avaliações dos bem avaliados geram mais pontos e formam a nota total da pessoa. É interessante observar que, no fundo, é possível perceber que tudo está em rede, tudo está conectado e, portanto, *on-line*, pois todos estão imersos na simulação o tempo todo. Os que estão com as lentes de memória e de visualização das qualificações não podem escolher ver sem elas, a não ser que lhes sejam retiradas, extraindo-lhes o implante, como acontece na cena final da qual se falará mais adiante, na análise.

O *off-line* só existe de fato para os que saem do sistema virtualizante de qualificação, à revelia do procedimento tido como normal, como é o caso da “caminhoneira” Susan, que após frustrar-se com as mazelas do sistema, resolve rebelar-se e ignorá-lo, saindo da redoma virtual da qual fazia parte como a maioria daquela sociedade, e vivendo sua vida, por outros caminhos, apesar dele. Fato que pode ser depreendido do diálogo abaixo em que Susan explica a Lacie Pound (personagem central) o que lhe aconteceu para ela ter uma pontuação tão baixa:

Uma pessoa com nota 1,4 só pode ser uma maníaca antissocial, não é?

[...]

Você é parecida comigo. Não agora.

Eu já tive 4,6.

- 4,6?

- Eu vivia para isso.

Me esforçava tanto...

Há oito anos, Tom, o meu marido, teve câncer.

Foi no pâncreas, muito ruim.

Os sintomas apareceram tarde.

Sinto muito.

Você não me conhece, então não sente muito.

Só ficou esquisita porque puxei esse assunto de câncer com você.

Eu dava cinco estrelas para todos os médicos, enfermeiras, especialistas com nota alta... Dava nota alta, agradecia...

O câncer estava pouco se fodendo.

Continuou crescendo.

Alguns meses depois, ouvimos falar de um tratamento experimental.

Era muito caro e muito exclusivo.

Eu fiz tudo o que pude para conseguir uma vaga para ele.

O Tom tinha 4,3.

Deram o lugar dele para um cara com 4,4.

Quando ele morreu, eu pensei:

"Que se foda."

Passsei a dizer o que queria, e quando queria. Não estava nem aí. (QUEDA LIVRE, 2016, 39-41 min.) grifos nossos

Note-se, porém, que mesmo vivendo “apesar” do sistema, Susan não deixa de carregar consigo uma pontuação/qualificação que lhe estigmatiza socialmente. Essas pontuações, portanto, representam relações de poder entre as pessoas. Àqueles que resolvem estourar a bolha e viver para si e não mais para o outro, alheio ao que é “normal” e “desejável” ao sistema, são marginalizados, em troca de exercerem o poder de serem autênticas e de recusarem-se a seguir a multidão alienada. Poder de saber que não é a nota que as define, e que

tentar agradar os outros o tempo todo é extremamente aprisionador e vazio.

A personagem principal, Lacie, começa o episódio com uma boa qualificação, 4.2, mas está sempre em busca de ascensão social, para a qual é necessário subir a pontuação tida. Pois tudo parece depender da pontuação, da possibilidade de acesso ao trabalho, às necessidades básicas, tais como alugar uma casa, alugar um carro, comprar uma passagem aérea, entrar no trabalho, conseguir um emprego melhor, conseguir uma carona etc. Melhorar a pontuação/qualificação traduz-se em melhorar sua performance, “tornar-se uma mercadoria atraente e desejável” (BAUMAN, 2008, p. 13), despejando-se mais sorrisos forçados e simétricos, mais sentimentos dissimulados preenchidos de palavras educadas, agradáveis e vazias, mais associações com pessoas bem pontuadas e distanciamento das mal pontuadas, poses ensaiadas e felicidade vendida como mercadoria desejada. E neste sentido, “os produtos que [as pessoas] são encorajadas a colocar no mercado, promover e vender são elas mesmas” (BAUMAN, 2008, p. 13). Para isso, existem os profissionais, ao estilo *coach*²², capazes de instruir às pessoas a como conseguirem aumentar sua pontuação/qualificação:

Há esperança. Você se esforça bastante.

- É o que você acha de mim?

- Analisei seus relatórios de reputação.

Analisando os números, vemos que a sua popularidade é sólida.

²² Profissional que instrui e orienta as pessoas no desenvolvimento pessoal e profissional.

Tem uma trajetória forte, no geral.
Vejamos as últimas 24 horas.
Até mesmo...
O que é isso?
8h40, e você dando duro nas redes sociais.
É um ótimo esforço.
Teve umas pequenas quedas ali.
Cortou alguém no trânsito?
Foi um problema no trabalho.
Certo.
Vamos ver a sua esfera de influência.
Vou fazer *zoom out*.
Ótimos gráficos.
Tem estranhos como você, boa!
Tem um bom círculo social próximo. Bom.
- Obrigada.

Falta um pouco, mas você tem capacidade de chegar a 4,5.

- Quanto tempo acha que leva?

- Para chegar em 4,5?

Se não houver nenhuma queda grande, como um desastre público, eu diria que cerca de 18 meses.

Preciso de um prazo menor. Bem menor.

Então precisa de um impulso.

- Que tipo de impulso?

- Bem...

A maioria das suas interações é com pessoas próximas.

A maioria deles tem avaliação médio-baixa.

As pessoas menos próximas também.

Você tem muitas notas máximas recíprocas de trabalhadores, mas pouca coisa, além disso, pelo menos até onde posso ver.

Em termos de qualidade, pode dar um impulso.

Conseguir avaliações de pessoas valiosas.

- Pessoas valiosas?

- Próximas de 5.

Impressione-os, e sua nota vai subir rapidamente.

Este é o impulso. (QUEDA LIVRE, 2016, 11-13 min.) **grifos nossos**

Desta forma, “o investimento contínuo em seus próprios atributos, engendra um cultura da performance” (CASTRO, 2016, p. 65).

O simulacro está presente também nas questões estéticas do cenário de perfeição em que as coisas ocorrem, pois se em *Quinze milhões de méritos*, o preto e o cinza prevalecem, em *Queda livre* são os tons pastéis, o branco e o rosa suave que prevalecem, do cenário às roupas e maquiagens dos personagens, traduzindo-se em uma ideia de mundo livre dos traços de personalidade e identidade, camuflando sobre seus tons a divisão de classes e suas exclusões sociais geradas pelo sistema de pontuação/qualificação.

Na rede social usada, muitas postagens se referem a coisas fúteis e triviais, não muito diferentes de algumas postagens que se encontram hoje nas redes sociais que se têm no “mundo real”, na sociedade líquido-moderna, na qual vivemos. Imagens customizadas e artificiais, simulacros apenas, consumidos por pessoas que vivem em função dos outros e dos ideais de felicidade e de sucesso que lhes são apresentados. Um exemplo dessa trivialidade e/ou futilidade dos objetos de postagens e de sua customização pode ser visto nos trechos abaixo selecionados do episódio em análise:

Acabei de ver seu filho com o chapéu de bombeiro. Muito fofo!

É, ele é uma graça.

Café camurça com biscoito.

Maravilhoso!

Foto enviada.

Você foi avaliada. (QUEDA LIVRE, 2016, 3-4 min.)

[...]

11 PESSOAS AVALIARAM SUA FOTO

O outro homem da minha vida...

Ioga é tudo...

Cavalgando na floresta. Lindo!!! (QUEDA LIVRE, 2016, 6 min.) **grifos nossos**

Neste sistema de pontuação/ qualificação tudo se torna mercadoria a ser consumida em troca de estrelas, remontando ao argumento de Bauman (2007). Nas interações, não há o diálogo real, pois tudo se resume ao comentário das postagens, desta forma, das performances apresentadas, que podem ser buscadas com ajuda do *smartphone* ou da lente de contato. E como não se pode desagradar, a superficialidade é a roupagem que camufla a realidade.

Neste cenário, conseguir uma casa para alugar passa por consumir um objeto-desejo, vendido por meio de uma simulação – uma projeção holográfica montada a partir de uma foto escolhida para agradar o cliente – e que serve como meio de persuasão para conseguir alugar um imóvel de alto valor em um condomínio: o luxuoso *Pelican Cove*. Captar clientes com alta pontuação indica, pelo que se percebe, atrair novos clientes que se guiam pela tendência, seguindo-lhes:

Os apartamentos estão indo embora muito rápido.

- Não demore muito se estiver interessada.
- Estou muito interessada.

O aluguel padrão com contrato mínimo de seis meses custa... isso.

- O pagamento é feito com que frequência?
- Semanal.

Entendi.

- Um pouco mais caro do que pensou?

- Sim.

Há outras opções. Conhece nosso Programa de Influenciadores Premium?

- **Eu posso entrar nele?**

- **Não. Não pode.**

Você precisaria ter cerca de 4,5.

- **4,5?**

Consiga 4,5 e terá um desconto de 20%.

- **4,5.**

- **Isso mesmo.**

Edição Limitada de Moradias Enseada do Pelicano.

Usuária Premium! (QUEDA LIVRE, 2016, 9-10 min.) **grifos nossos**

Embora, neste caso, o próprio irmão de Lacie, Ryan, – que não é tão preocupado com a pontuação quanto ela – parece perceber a manipulação da propaganda do condomínio (o simulacro dentro do simulacro) e tenta alertá-la:

"Enseada do Pelicano"? O que é isso?

Um programa eugenista?

- É uma comunidade.

- **Ninguém é feliz assim.**

Um bebê com um balão não é feliz assim!

É um lugar muito legal.

Como se você fosse qualificada para isso.

(QUEDA LIVRE, 2016, 11 min.) **grifos nossos**

Até mesmo a punição dada pelos policiais passa por esse sistema de atribuição de pontos, a pena é a retirada de pontos do montante da nota acumulada pela pessoa, junto à duplicação das negativas. E a infração cometida pode ser, simplesmente, falar alto, gritar, falar um palavrão, ou seja, a expressão autêntica e sinceridade não são toleradas. Tudo que quebre a “harmonia” do sistema de aparências deve ser punido!

Neste contexto, todos os que entram em “queda livre” na pirâmide socioeconômica, ou seja, que decaem em suas pontuações, bastando para isso apenas um único dia malsucedido, passam a fazer parte dos clientes menos valiosos, “os consumidores falhos – essas ervas daninhas do jardim do consumo, pessoas sem dinheiro, cartões de crédito [e pontos] e/ou entusiasmo para compras, e imunes aos afagos do marketing” (BAUMAN, 2008, p. 11). Tornam-se também o lixo da sociedade, o refúgio humano, àqueles a quem os círculos sociais se fecham. Como é o caso do que acontece com a própria Lacie, que, em virtude de uma série de eventos, os quais se convertem em notas baixas e negativas, vive a queda livre de ser rebaixada à outra classe social, que não a dos acima de 4 (próximo ao topo da pirâmide). Até mesmo, o posto de madrinha de casamento de Naomi, Lacie perde, quando Naomi sabe que Lacie havia decaído para uma “2.6”, ouvindo da amiga noiva de quem seria madrinha que ela não é mais bem-vinda ao casamento devido a essa qualificação.

Quando a queda se acentua, a exemplo da cena em que Lacie chega, após uma verdadeira saga enfrentada para ir ao

casamento, ainda que tenha sido declarada desnecessária, descartável, pela suposta “amiga” Naomi, as cores que envolvem a personagem central, Lacie, tornam-se menos *blasé* e opacas e ganham mais tonalidades, mais imperfeições e são mostradas, como a maquiagem borrada, a roupa suja e desarrumada, permitindo-se inferir que a personalidade em conflito se mostra, finalmente, rasgando os filtros da perfeição e da harmonia aparentes e superficiais. As aparências entraram em queda livre e por isso se quebram, e surge daí de dentro, uma pessoa mais autêntica.

E, incoerentemente, é apenas após ser presa, por ter invadido o casamento de Naomi, e continuar sendo negativada pelas qualificações dos convidados presentes na festa, que Lacie se mostra mais livre. Pressuposição que pode ser atestada, especialmente, na cena em que suas lentes digitais são retiradas e ela consegue ver sem o filtro da tela, um olhar de quem se libertou, e quando começa a gritar e a insultar outro preso, de outra cela, sem ser negativada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Fez-se uso neste artigo de algumas das reflexões despertadas e tentou-se dar a elas materialidade na escrita, produzindo sentidos pautados em elementos da crítica cultural.

Se as tecnologias tratadas nos episódios fazem parte do presente ou do futuro, essa é uma questão a ser pensada, sem dúvida. Entretanto, para a experiência de análise construída

aqui importa mais é saber que o conhecimento artístico, aquele capaz de produzir objetos culturais como os episódios do seriado aqui analisados, é capaz de, por via da criatividade e dos sentidos, levar à interrogação da realidade e da sociedade contemporânea, especialmente nos entrelaçamentos das relações sociais com as novas tecnologias. Muitas vezes, o importante está em provocar as pessoas à reflexão, às vezes mais profundamente, outras vezes de forma mais rasa ou sutil. Mas sempre, trabalhando para se retirá-las da inércia crítica.

REFERÊNCIAS:

GUIDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GUY, Debord. **A sociedade do espetáculo**. [S.L]: EBooksBrasil, 2003.

SILVA, Juremir Machado da. Depois do espetáculo: reflexões sobre a tese 4 de Guy Debord. In: GUTFREIND, Cristiane Freitas; SILVA, Juremir Machado da. **Guy Debord: antes e depois do espetáculo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. P. 31-42.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Lisboa: Relógio D'água, 1991.

BAUDRILLARD, Jean. A verdade oblíqua. **Revista Época**, ed. 264, p.1, 09 mar. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CASTRO, Julio Cesar Lemes de. As injunções de performances nas redes sociais. **VI Encontro Nacional da ULEPICC**, Brasília, 9 a 11 de nov. 2016.

ENSAIOS ACADÊMICOS

**A MODERNIDADE LÍQUIDA EM QUESTÃO:
ANÁLISE DOS EPISÓDIOS *BE RIGHT BACK* E *WHITE BEAR*
À LUZ DA OBRA 44 CARTAS DO MUNDO LÍQUIDO
MODERNO DE ZYGMUNT BAUMAN**

Patricia Magalhães¹
Rafaela Santos²
Mislaine Júlio³
Celso Carvalho²
René Dentz³

RESUMO:

*Este artigo visa à análise dos episódios *Be Right Back* e *White Bear*, da série britânica *Black Mirror*, e os capítulos 22 – Não digam que não foram avisados, 23 – O mundo é inóspito a educação? (1) e 24 – O mundo é inóspito a educação?, do livro 44 cartas do mundo líquido moderno, de Zygmunt Bauman, a partir da compreensão da modernidade líquida de Bauman. Pode-se dizer que a modernidade líquida é a época atual em que vivemos, trata-se da liquidez, volatilidade e incertezas das relações em nosso mundo contemporâneo, época do consumo, do gozo e da artificialidade, ao contrário da época anterior, denominada por Bauman como modernidade sólida, onde existia a estabilidade e referenciais morais.*

INTRODUÇÃO

Black Mirror é uma produção britânica que foi ao ar pela primeira vez em 2011, a série criada por *Charlie Brooker*, atualmente está em sua terceira temporada, com um total de

¹ Graduando em Direito pela UNIPAC/Mariana;

² Graduando em Direito pela UNIPAC/Mariana;

³ Graduando em Direito pela UNIPAC/Mariana;

² Professor da UNIPAC/Mariana;

³ Professor da UNIPAC/Mariana.

13 episódios, cada episódio tem uma realidade diferente, mas todos são pautados em uma crítica a forma como vivemos atualmente, ao mundo moderno e ao alto preço que temos que pagar por tanta modernidade, este mundo explorado na série é de um futuro próximo, onde os homens e a tecnologia entram em conflito.

O livro *44 cartas do mundo líquido moderno* de Zygmunt Bauman, foi publicado no ano de 2011 pela editora Zahar, após uma seleção das cartas que Bauman escreveu no período de 2008 a 2009, para a revista italiana “*La Repubblica delle Donne*”, comentando aspectos sobre o que ele chama de mundo líquido moderno, tratando de temas contemporâneos em busca de significado nas coisas simples do dia a dia.

2. APORTE TEÓRICO

Para análise de todos os temas levaremos em consideração o pensamento de Zygmunt Bauman, com sua visão de pós-modernidade, que o mesmo chama de modernidade líquida. Na pós-modernidade não há um fundamento único para as coisas e isso faz com que todas as áreas sejam frágeis, sem que tenham fundamento baseado nelas mesmas. Tudo se transforma em líquido, pelo fato de ser fluído, passageiro. Para Bauman a vida líquida é incerta, inconstante e rápida.

Uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir (BAUMAN, 2009, p.7).

Os indivíduos vivem o presente e a ideia de eternidade é abandonada, a prioridade é a intensidade de cada momento vivido, essa falta de preocupação com o futuro, propaga a individualidade, colaborando com a busca contínua pela identidade. O consumo está ligado a essa busca de identidade, e é pela aquisição e descarte de bens que as pessoas tentam satisfazer os desejos, esses que são voláteis e efêmeros e como Bauman coloca, nunca geram uma satisfação. A partir do consumo as pessoas constroem o seu eu.

A modernidade exige que as pessoas se adaptem, modernizem-se, consumam e descartem o que já não lhes serve, pois os que não acompanham toda essa modernização, podem vir a ser excluídos, de acordo com Bauman.

As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás (BAUMAN, 2009, p.8).

O medo de ser descartado se transformou em um grande impulsionador do consumo.

3. EPISÓDIO BE RIGHT BACK

O episódio “*Be Right Back*” da série Black Mirror, conta a história do casal Martha e Ash. Onde o Ash é extremamente ligado a tecnologia, em especial no que tange as redes sociais, o mesmo compartilhava diversas informações de sua vida pela web. Ao decorrer do episódio Ash sofre um acidente no trânsito e falece, provavelmente devido a sua falta de atenção e distração por causa do uso indiscriminado das redes sociais. Após sua morte Martha, toma conhecimento de um programa de computador que usava as informações postadas na web, como por exemplo, vídeos, fotos, textos, entre outros e constituía a criação de uma figura fictícia, mas com características similares a seu falecido marido, com a qual era possível conversar e através de um robô tê-lo em forma física novamente. Então ela adquire o programa e Ash retorna, porém, após alguns dias, Martha consegue perceber que apesar de se parecer fisicamente, aquele robô nunca seria ele, pois não podia sentir o que ele sentia, apenas usava uma parte dele que eram as informações da web para se parecer com ele, o que não era o suficiente, e é nesse momento que ela desiste dessa ideia de ainda tê-lo como antigamente.

Percebe-se que a crítica presente neste episódio, é o fato de que atualmente, na pós-modernidade as pessoas estão se distanciando umas das outras, devido a tecnologia. Um dos aspectos dos seres humanos é a capacidade de ser sentido e sentir, o que vem mudando no decorrer do tempo, devido à

modernidade, relacionamentos podem acontecer através de uma tela de computador ou um celular, sem nem ao menos ter contato físico. As pessoas estão vivendo e compartilhando nas redes sociais, uma vida que não é tão real, onde sentimentos não precisam ser sentidos, apenas expostos como qualquer outra coisa. É claro que existe um exagero no episódio, exagero este que daqui a pouco tempo pode até mesmo se tornar realidade, e que nos mostra quão grande é a dimensão e o alcance da tecnologia em nossas vidas.

Uma parte interessante deste episódio nos faz refletir em como deixamos essa modernidade alterar nossas formas de viver. Em uma cena ainda no início, antes de sua morte, Ash diz a Martha que após o falecimento de seu pai e irmão, sua mãe guardou todas as lembranças deles em uma caixa no sótão. No fim do episódio onde Ash já havia falecido e apenas sua imagem existia em um robô, Martha pede para que ele pule de um penhasco, mas ele não o faz, pois não tinha nenhuma informação de pensamentos suicidas, então, Martha o coloca no sótão e lá ele fica “guardado”. Isso nos mostra que até mesmo a forma de guardar lembranças dos entes queridos que já partiram pode mudar devido a tanta modernidade. A mãe de Ash e Martha, guardaram seus mortos no porão, mas de formas diferentes.

4. EPISÓDIO *WHITE BEAR*

O episódio *White Bear* da série *Black Mirror*, relata a história de uma mulher que está sendo punida por ter filmado o assassinato de sua filha com um celular, e nada ter feito para salvar a vítima. Como forma de punição pelo crime, Victória, é medicada para dormir e perder a memória, quando acorda não sabe o que está acontecendo e vê uma foto da criança que ela acredita ser sua filha, mas como não tem lembranças sempre sai da casa em buscas de respostas, nesse momento começa a ser perseguida por pessoas que querem matá-la e como ela não se lembra da punição, não sabe que é uma espécie de reality show, então ela tenta fugir dos assassinos e pede ajuda as pessoas na rua, mas estas pessoas apenas filmam tudo que está acontecendo, presenciam a angústia e desespero dela, nunca dizem nada e não a ajudam, no fim ela é apreendida e levada a um auditório cheio de pessoas que pagaram para ver o “espetáculo”, onde ela é lembrada de seu crime e logo após, a ré é levada novamente a casa e tudo se reinicia, se repetindo durante os dias estipulados para sua pena.

O episódio traz uma crítica a sociedade moderna que busca segurança a qualquer forma e atribui a isso um valor de consumo, vivem pelo presente e apreciam a vitimização e a compensação pela lesão. Com a modernidade líquida, apenas ser condenado a ficar em regime fechado, já não é o suficiente como pena aos criminosos e isso é retratado no sistema judiciário exposto no episódio, onde a ré é condenada a sofrer o mesmo que imputou a sua vítima.

Mesmo que a causa do sofrimento não tenha alteração, a dor imposta ao criminoso pode reduzir o tormento das vítimas, pois o que importa nesse mundo líquido é a velocidade que as coisas acontecem e a sensação de segurança que isso traz.

O espetáculo da condenação da ré no episódio virou um objeto de consumo, pois a vida líquida é propícia aos consumidores.

5. “NÃO DIGAM QUE NÃO FORAM AVISADOS”

Com a pós-modernidade e o crescimento das riquezas a desigualdade social vem à tona, assim como o consumismo exacerbado e a falta de importância das pessoas umas com as outras, existe apenas a preocupação consigo próprio, aumentando o individualismo, e assim contribuindo para o crescimento da desigualdade. Na carta de número 22 do livro *44 cartas do mundo líquido moderno*, Bauman afirma que estamos sentados em cima de várias bombas relógios prestes a explodir em um futuro não muito distante:

Temos plena ciência, por exemplo, de que estamos sentados sobre (...) uma bomba relógio consumista (Por quanto tempo nosso pobre planeta poderá alimentar esses milhões que batem a nossas portas mendigando à espera de serem admitidos em nossa festa?) (...) A bomba da desigualdade (...) “altos níveis de desigualdade podem trazer consequências sociais econômicas e políticas negativas,

acarretando um efeito desestabilizador para as sociedades.” (BAUMAN, 2011).

São muitas as divisões entre pobres e ricos, e dão fortes demonstrações de que serão duradouras, mantendo os ricos cada vez mais ricos e não beneficiando os pobres. Além da desigualdade material e de recursos, existe a desigualdade existencial que afeta diretamente como pessoa e também a desigualdade vital, onde a expectativa de vida diverge profundamente entre as diferentes classes sociais e diferentes países.

6. O MUNDO É INÓSPITO A EDUCAÇÃO?

Levando a modernidade líquida em consideração, Bauman escreve uma carta em relação a educação dentro dos costumes desse novo mundo.

Em primeiro momento ele descreve de forma real, um relato desenvolvido feito diante da explicação de que a sociedade pós-moderna tem sido marcada por um vazio coletivo. Os indivíduos da pós-modernidade se tornaram mais individualistas e buscam a satisfação imediata, de forma exagerada e assim, são mergulhados em um consumo transparente.

É fato que a crise não está somente nas condições financeiras, mas também na educação, tendo como o maior desempenho, a forma em que são absorvidos os ensinamentos.

O desafio que impõe a teorização pós-moderna para a escola é o de buscar saídas que deem conta da formação do homem neste século. A mutação da metodologia de ensino da qual é contextualizada em questão, faz com que a sociedade ganhe uma aplicabilidade maior no meio social, se divergindo de forma inesperada do que era proposto nos primórdios. Contudo, essa maleabilidade de aprendizado faz com que a sociedade se adapte ao meio em que está, desenvolvendo para cada objeto, uma hermenêutica distinta e evolutiva. O paradigma pós-moderno se distingue pelo fato do trabalho de memorização educacional não estar presente em sua metodologia. Em tese temos uma sociedade a qual ocorre à existência de inúmeras informações, se torna inviável tal armazenamento. Portanto esse contexto de mutação se torna aplicável no gênero educacional o qual encontramos no mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que na pós-modernidade, praticamente tudo vira objeto de consumo, e de acordo com o que os indivíduos consomem, são também consumidos por suas necessidades e desejos, que nunca são supridos, o que gera mais consumo. Tudo pode ser comprado e descartado sem que nenhum aspecto sentimental esteja presente, tudo pode ser substituído, é como se nossa mente fosse apagada e não sentíssemos mais falta do que costumávamos sentir, é um reinício a cada dia. Nessa nova era, o ser humano já não é tão

humano quanto costumava ser. As formas de se relacionar se alteraram e hoje o que mais vemos são relacionamentos plastificados e pouco duradouros. Com a tecnologia, as redes sociais se tornaram um lugar propício para postar emoções e falar sobre sentimentos que muitas vezes, sequer são realmente sentidos, tudo pode ser postado e compartilhado. As pessoas se tornaram mais individualistas, o que aumenta ainda mais a desigualdade. A segurança e a autoafirmação são buscadas a qualquer custo, o que gera ainda mais consumo.

Esse mundo líquido moderno nos permite ter mais possibilidades, sendo assim, podemos dizer que temos cada vez mais transformações na sociedade e de forma acelerada. As múltiplas possibilidades geram a perda de valores das coisas, pois para que sejam finitas, não podem se perpetuar no tempo, e assim outras oportunidades vão aparecendo.

O mundo moderno é líquido e mutável, e traz verdades que vemos todos os dias, mas nunca paramos para refletir sobre, e assim continuamos vivendo com tudo isso sem dar um sentido a essa nova realidade que nos envolve.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido moderno. Brasil: Zahar, 2011.

WHITE BEAR. 2ª Temp., epis. 01. Brasil: Netflix, 2017. Série.

WHITE BEAR. 2ª Temp., epis. 02 Brasil: Netflix, 2017. Série.

A ONASCITURO E O DIREITO HODIERNO: UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

Lucas Ribeiro de Souza Guerra¹
Carlos Randel Crepalde Mafra²
Fabiano César Rebuzzi Guzzo³

RESUMO:

Este artigo tem por finalidade abordar a normatização concernente à proteção do nascituro em no Brasil, dar um panorama geral da evolução histórica dos dispositivos jurídicos, bem como analisar as principais lacunas das teorias tradicionais frente às mais recentes linhas teóricas emersas desde o final do século passado. A consolidação do pós-positivismo jurídico como marco doutrinário, aliada à crescente importância dada aos direitos e liberdades do cidadão - sempre analisados sob o prisma do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - criam o substrato científico-normativo necessário para que se possa erigir uma visão revitalizada do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Se as diversas orientações ideológicas têm se mostrado extremadas nos últimos anos dentro da nação, não corre de maneira diversa no que se trata da dicotomia Autonomia Privada / Direito à vida. Se os defensores de ambas as bandeiras têm encampado cada vez mais debates, torna-se mister o estudo e análise do tema dentro da comunidade acadêmica, bem como da sociedade civil como um todo.

Palavras-chave: Direitos do Nascituro. Autonomia Privada. Direito à Vida. Conselho Federal de Medicina. Biodireito.

¹ Estudante de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

² Advogado. Mestrando em Criminologia Forense pela Universidade de Buenos Aires. Professor Assistente UNIPAC.

³ Advogado. Mestre em Direito e Globalização. Professor Adjunto UFOP. Professor Adjunto UNIPAC e Professor Titular FDCL.

INTRODUÇÃO

O nascituro, admitido aqui, conforme a doutrina pátria, como ser humano já concebido, mas ainda no interior do ventre materno, tem sido objeto de estudos e debates desde os tempos romanos. Descende da lei dos antigos, a ideia de conceder direitos à pessoa ainda não nascida, bem como o fascínio de juristas e das gentes do povo em relação à salvaguarda normativa devida nesses casos. Os possíveis efeitos jurídicos desse reconhecimento, em especial os patrimoniais, tem movido esforços para se determinar as formas de determinar quando se iniciam; a vida humana, a personalidade civil e a proteção jurídica da vida. Nessa mesma linha, assevera César Fiuza:

Nascituro é o feto em gestação. Literalmente, aquele que está por nascer; particípio futuro do verbo latino nasci. A grande polêmica em torno do nascituro, é se é pessoa ou se não é. [...]O Direito romano é repleto de textos contraditórios, uns apontados na direção natalista, outros, segundo alguns na concepcionista (FIÚZA CESAR, 2008, p. 124).

Não menos importante, é a questão que diz respeito à identificação do momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida e se, de fato, é indisponível em quaisquer circunstâncias.

Levando o questionamento mais a fundo percebe-se que o que se considera como vida humana dentro dos paradigmas sociojurídicos atuais ainda é terreno nebuloso.

Se o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana deve permear a integralidade das relações nas sociedades humanizadas (SÁ, MARIA DE FÁTIMA; MOREIRA, DIOGO, 2012, p. 51), torna-se difícil admitir a possibilidade de proteção da vida quando implicar ofensa à própria dignidade.

Desta feita, a vida - ainda que considerada um bem de grandíssima importância e merecedora de ampla proteção de nosso ordenamento - há de ser, porém e acima de tudo, vida digna.

Nesse sentido, asseveram Maria de Fátima e Diogo Luna quando, ao tratar de doentes terminais em sofrimento, afirmam que “a vida passará a ser direito para uns e dever para outros” (SÁ, MARIA DE FÁTIMA; MOREIRA, DIOGO, 2012, p. 98).

Postas as considerações iniciais, passa-se a analisar o tema em si, abordando as questões doutrinárias referidas, a saber; o início da vida humana, da personalidade civil e da proteção jurídica da vida, além das conceituações concernentes.

Buscar-se-á, outrossim e brevemente, esclarecer os principais problemas e possíveis soluções ante a realidade fática que se nos apresenta.

2. INÍCIO DA VIDA HUMANA

Muito se tem debatido acerca de qual seria o marco inicial da vida humana, bem como qual seria o ramo da “ciência” que deveria determiná-lo. O que ocorre no caso - em paralelo ao Direito Processual - é uma situação generalizada de

conflito negativo de competências. Quer dizer, os médicos e biólogos buscam respostas nos juristas para saber o que podem ou não podem fazer em suas pesquisas e atividades profissionais. Por sua vez, os juristas buscam respostas nas pesquisas e trabalhos das áreas médica e biológica, a fim de determinar quando poderia se dar o início da vida humana.

Há ainda, quem, nos dois grupos, credite que a decisão final sobre o referido marco é da competência dos filósofos. Estes, por seu turno, não se compreendem responsáveis por determinar qual seria a resposta certa, admitindo diversas formas de pensamento, como é típico do método filosófico.

Dessa mesma maneira, também se firma Luís Roberto Barroso, quando assevera que:

É preciso admitir, no entanto, que inexistente consenso científico ou filosófico acerca do momento em que tem início a vida. O reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo. Há inúmeras concepções acerca do tema (BARROSO LUÍS ROBERTO, 2007, p. 8)

Este tal estado de coisas, já demonstra o terreno controverso em que repousa o tema, em nada auxiliando na resolução das celeumas de base da discussão.

Registre-se que o único segmento social que parece se afirmar como o detentor da resposta é o das lideranças religiosas que, em sua maioria, categoricamente, afirmam que a

vida humana se inicia com a fecundação do gameta feminino.

3. SURGIMENTO DA PERSONALIDADE CIVIL E PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA HUMANA

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 2º determina “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, Código Civil de 2002).

Pela simples leitura do dispositivo legal se infere, pela clareza cristalina da norma, que a personalidade civil se inicia apenas com o nascimento com vida. Porém, ao mesmo tempo, são resguardados os direitos do nascituro desde a concepção.

Ora, se não há personalidade civil antes do nascimento, perquire-se quais seriam os direitos dos embriões e fetos e também, qual a situação jurídica deles no Direito brasileiro. O dispositivo lança dúvidas sobre qual teoria da personalidade teria adotado; se a concepcionista ou a natalista.

Não existe na doutrina consenso a respeito do assunto, sendo que, parte dela entende que, por análise sistêmica do ordenamento, o Direito pátrio adota a teoria concepcionista da personalidade. Nesta linha, encontramos doutrinadores como o ilustre professor César Fiúza, que considera que os direitos garantidos ao nascituro são tais que só se pode concluir que possua, desde a concepção, personalidade. Sobre isso, explica:

E vários são os direitos que se pode atribuir ao nascituro, começando pelo direito à vida

e prosseguindo os direitos ao estado de filho, à representação, à curatela, à adoção, à nomeação em testamento, à sucessão aberta etc. [...] Sendo assim, muito embora, a primeira parte do art. 2º se refira ao nascimento com vida, o Direito brasileiro, considerado em seu todo, adota a posição concepcionista (FIÚZA CESAR, 2008, p. 125).

Outra parte da doutrina entende que o nascituro é sujeito de direito desde a concepção, porém, para isso, é necessário que primeiro nasça com vida. Desse modo, a personalidade surgiria com o nascimento e retroagiria até a concepção. Essa corrente é adepta da teoria da personalidade condicional ou concepcionista imprópria.

Salientemos também, dos defensores da teoria natalista da personalidade civil. Para essa linha de pensadores, o nascituro teria mera expectativa de Direito, vez que apenas possui expectativa de personalidade. Entre eles, está o digníssimo jurista Pontes de Miranda, que aduz que:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascituro, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (MIRANDA, 1954, apud SINISCALCHI,2017).

Por derradeiro, há que se falar na inexistência daqueles que advogam não haver sujeito na situação jurídica em pauta. Essa linha de doutrinadores tem como ponto de partida da teoria dos Centros de Interesses criada por Pietro Perlingieri, que serviu de fundamentação para a criação da teoria do Direito Geral de Personalidade, expressa brilhantemente na Constituição de Bonn de 1949 (SÁ, MARIA DE FÁTIMA; MOREIRA, DIOGO, 2012, p. 58-60).

Numa brevíssima síntese, pode-se dizer que a referida ideia se baseia na criação de enunciados gerais que permitam a defesa de direitos de personalidade, mesmo que não haja sujeito de direito especificamente reconhecido. O que há é um centro de interesses jurídicos, que pela principiologia jurídica nacional se quer defender. (FIÚZA CESAR, 2008, p. 126).

Os defensores da aplicação da teoria de Perlingieri, podem tanto defender a existência de direitos da personalidade aplicados ao nascituro, quanto à mãe do nascituro, isso porque, segundo referida teoria, a dignidade da mãe seria, também, considerada.

4. CONCLUSÃO

Em um cenário de transformações constantes, onde os diferentes tipos de sujeitos devem conviver em harmonia no seio de uma sociedade plural, é essencial que teorias jurídico-normativas mais flexíveis tomem espaço.

Se no século passado a carência de segurança jurídica ensejava o patrocínio de causas positivistas, apenas com a consolidação do pós-positivismo é que poderemos nos adaptar à volatilidade das relações sociais hodiernas.

Deste modo, tendo-se em conta a importância mister da determinação do início da personalidade, bem como, da consequente posição ocupada pelo nascituro no ordenamento jurídico nacional, é preciso que se atente à adaptabilidade da norma jurídica antes de encampar qualquer posição acerca do cabimento das teorias supracitadas.

Com isso em mente, e conhecendo-se das principais correntes doutrinárias a respeito do tema, evidencia-se a adequabilidade da aplicação da teoria dos centros de interesse de Pietro Perlingieri na solução das demandas sociais que hoje se apresentam.

A possibilidade de pesquisas científicas com células tronco, apenas existe caso não se considere os embriões como sujeitos de Direito. Do mesmo modo, a possibilidade do aborto voluntário como medida de planejamento familiar só existe se se levar em conta o direito à Autonomia Privada, ao próprio corpo e à dignidade humana da mãe.

Também, caso se adote a teoria concepcionista, não se pode aceitar as técnicas de reprodução humana assistidas, já que, para sua realização, é preciso que se descarte vários embriões para cada um implantado.

Do mesmo modo que os exemplos agora explicitados, vários outros se somam à lista dos “casos sem resposta”

clamando por soluções mais céleres e pela aplicação de institutos jurídicos à altura.

Diante da reflexão aqui suscitada, percebe-se que - tendo-se em conta o panorama social de hoje - apenas através da aplicação da teoria de Perlingieri é que se pode responder à altura das demandas.

É inadmissível, que se tenha apenas uma visão positivista das circunstâncias, fechando-se os olhos para as infinitas facetas da realidade. Não podemos nos olvidar que a situação jurídica do nascituro é também em parte a da mãe, a da família e a da sociedade.

REFERÊNCIAS

Barroso, Luís Roberto. **Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas Com Células Tronco: Dois temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição.** Panóptica, ano 1, n. 7, mar. - abr. 2007.

Sá, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. **Autonomia Para Morrer.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Fiuza, César. **Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em: 12. Mar. 2017.

Siniscalchi Carolina. O Nascituro no Ordenamento Jurídico Pátrio. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651 >. Acesso em: 12. Mar. 2017.

O SER HUMANO EM MUTAÇÃO: UMA ABORDAGEM ANTROPOLÓGICA NO SÉCULO XXI

Patrícia Magalhães¹

Rafaela Freitas²

Mislaine Júlio³

Ígno Borges⁴

René Dentz⁵

RESUMO:

Sabemos que o mundo mudou. Mas, de que maneira e para onde apontam as mudanças, isto não somente é difícil de entender, mas é ainda mais difícil de interiorizar, pois estas coisas tocam a nossa “arquitetura mental”, isto é a mente muda para se adequar ao novo mundo. Surge um novo contexto no qual pensar talvez seja o maior desafio. A globalização anuncia esse novo tempo. Tempo de excesso de informação, de imagem, de movimento para as nossas aumentadas capacidades de recepção, processamento e estoque, mas também excesso de petrificação, de mumificação, de padronização intercambiável, de imobilidade. Tempo de paradoxos, quando jamais se produziu tanta informação e, proporcionalmente, tanto conhecimento.

Palavras-chave: Humano, transformação, paradoxo.

INTRODUÇÃO

O ser humano vem sofrendo transformações nos últimos tempos, nós não temos mais padrão único de comportamento

¹ Graduanda em Direito pela FUPAC-Mariana.

² Graduanda em Direito pela FUPAC-Mariana.

³ Graduanda em Direito pela FUPAC-Mariana.

⁴ Graduando em Direito pela FUPAC-Mariana.

⁵ Doutor em Filosofia, doutorando em Teologia e professor da FUPAC-Mariana.

nem dentro da família, nem dentro do país, fato que nos leva a uma sensação de desvario, sensação de estar perdido, a uma necessidade de gerar discussões sobre novas categorias pra enfrentar esse momento. Há uma ideia de desbussolamento, nós não estamos mais em uma época pai-orientada, onde existia um Pai que distribuía e regulava o gozo e dizia o que era certo e errado. Atualmente, na sociedade contemporânea, o Nome do Pai deu lugar a Nomes do Pai. Assim, temos diversas comunidades minoritárias que demandam o reconhecimento de suas particularidades.

Angústia, tristeza, melancolia, ansiedade, depressão. As dores da alma dos nossos tempos têm muitas formas. O ser humano do século XXI vive em um tempo de desorientação, remédios e terapias. Hoje a psique vive um conflito inédito na história, podemos desejar tudo, mas não sabemos decidir o que queremos. O maior obstáculo ao desejo não é mais a repressão, mas a liberdade.

A depressão é uma falta moral, e é justamente quando o sujeito se acovarda frente ao seu desejo, abre mão dele, que ela surge. Para Freud (1926[1925], p. 94) a depressão é uma inibição generalizada, ou seja, “limitações da função do eu, fugas – por precaução ou empobrecimento de energia.” Podemos dizer que a depressão é um afeto que aparece no momento em que o “eu”, evita a sua determinação inconsciente, cede seu desejo, abre mão dele, sendo assim, a depressão é o oposto do desejo.

A depressão é o mal do século XXI, sofreu um aumento significativo devido a globalização, e aos excessos. Pessoas se autodenominam depressivas mesmo sem um diagnóstico de um profissional, e buscam a “ajuda” e compreensão em grupos onde se sintam acolhidas por outras pessoas que se enquadram no mesmo estado, o que não permite nenhuma melhora, pois dessa forma as pessoas apenas são compreendidas pelos seus iguais.

Quando a depressão é diagnosticada, a medicina (psiquiatria) tende a oferecer respostas na forma de tentar medicar o mal-estar e a “dor de existir” que devem ser eliminados a qualquer custo – como se isso fosse possível –, já a, psicanálise convida o sujeito a falar, fazendo vigorar a falta, que é um “oco”, um “buraco” que temos, e o desejo nos leva a buscar coisas ou situações que remetem a coisas, para tentar suprir essa falta.

2. TRANSFORMAÇÕES HUMANAS

De acordo com Forbes (Café filosófico: Um elogio do excesso) “O mundo é uma coisa que a gente interpreta. Conhecer o posicionamento das pessoas é um passo muito importante para suas escolhas afetivas e profissionais, assim como também é muito importante saber optar”, pois o problema não é a grande oferta, o problema é as pessoas quererem aproveitar toda oferta, assim, surgindo o estresse, devido ao excesso de possibilidades, causado justamente pela

incapacidade de se fazer escolhas. Aqueles que são menos covardes para enfrentar os momentos conseguem mais facilmente chegar a soluções para seus problemas.

A globalização tem problemas e soluções, as soluções não precisam ser inventadas, devemos captar soluções que estão aí. A psicanálise busca o tratamento da depressão por meio da fala, fazendo vigorar a falta, trabalhando a recuperação do desejo. Em geral em algum momento da vida, uma em cada cinco pessoas experimentará pelo menos um episódio depressivo. Embora se trate também de um distúrbio químico, a depressão sempre tem, em sua raiz, algum motivo psicológico. Sendo assim, seu tratamento inclui, necessariamente, a psicanálise. Se a causa primária não for tratada, a depressão não será curada. Como dizia Lacan (1962-63, p.115) “o melhor remédio para a angústia é o desejo”.

3. O OLHAR PSICANALÍTICO NO SÉCULO XXI

O campo de pesquisa, no contexto da psicanálise, é o inconsciente, mais propriamente, o sujeito do inconsciente. A depressão revelou-se um fenômeno clínico, que aponta para uma estrutura – neurose ou psicose. A psicanálise abre a possibilidade do sujeito remediar o próprio sofrimento com a palavra.

De acordo com a teoria de Freud, a teoria psicanalítica teria algumas limitações, entre elas a exigência de certo grau de maturidade e compreensão. Freud (1898, p. 268) diz que

“fracassa com pessoas idosas, porque o tratamento tomaria tanto tempo, devido à acumulação de material, que ao fim elas teriam chegado a um período de vida em que nenhum valor atribui à saúde nervosa”.

Mucida (2004) afirma que, “se para a psicanálise há um sujeito do inconsciente e do desejo, logo, independente da idade cronológica, pode haver uma aposta em uma análise.” O sujeito referido ao inconsciente, não envelhece, assim como o desejo se caracteriza por seu caráter indestrutível, e não depende da idade. Freud (1915) afirma que, “no inconsciente, cada um de nós está convencido de sua imortalidade.” No inconsciente, onde nosso desejo se encontra, não existe uma representação que simbolize a morte e por esta razão, acreditamos e agimos, muitas vezes, como se fossemos imortais.

Considerando o postulado psicanalítico do inconsciente, não há como falar em idade cronológica, da mesma forma que não há idade para o desejo, e enquanto houver desejo, há uma aposta em uma análise. O sujeito é o desejo, tal como Lacan afirmava. A libido se apega a seus objetos e não renúncia àqueles que foram perdidos, mesmo quando o substituto já lhe acena. Há uma grande dificuldade no abandono de uma posição libidinal, o que explica o tempo bastante variável para realizar um trabalho de luto. As perdas advindas da velhice exigem, assim, um trabalho de luto, pois é um momento no qual os rearranjos que o sujeito realizou para enfrentar o real tendem a desmoronar, assim, como muitos de seus ideais. Nesse sentido, a depressão aparece como uma resposta possível ao trabalho

inoperante do luto, devendo ser tomada sempre em relação ao sujeito que se diz “deprimido” e ao que seus significantes apontam.

Consideramos que o significante depressão está cada vez mais acoplado ao significante idoso, como se envelhecer ou tornar-se “velho”, significasse necessariamente ficar deprimido. A depressão não se manifesta apenas no idoso, já que muitos sujeitos entram na velhice quando ainda jovens, ao abrirem mão do seu desejo. O luto implica um trabalho de elaboração frente a uma perda significativa, já na melancolia não há a possibilidade de simbolizar a perda, tratando-se de uma perda de natureza mais ideal.

A melancolia se caracteriza por um desânimo profundamente penoso, cessação de interesse pelo mundo externo, perda de capacidade de amar e uma diminuição da autoestima, a ponto de encontrar expressão em se degradar. No luto, “a perturbação de autoestima de si” está ausente. A perda que se apresenta no luto diz respeito a uma perda objetual, já na melancolia, uma perda relativa ao eu. A depressão é uma falta moral, existente quando o indivíduo abre mão do seu desejo. Podemos dizer que a depressão é um afeto que aparece no momento em que o “eu”, evita a sua determinação inconsciente.

A maior riqueza do ser humano é constituída pelo desejo. A psicanálise propõe ao sujeito a possibilidade de dar preferência ao seu desejo e deixar fluir. A psicanálise pode auxiliar o sujeito a resgatar seu desejo. Se a medicina tende a oferecer respostas na forma de tentar medicar o problema e a

“dor de existir” tentando eliminá-los a qualquer custo – o que não é possível –, a psicanálise permite que o sujeito fale, fazendo vigorar a falta que é um “oco”, um “buraco” que temos, e o desejo nos leva a buscar coisas ou situações que remetem a coisas, para tentar suprir essa falta.

4. A SOCIEDADE E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Vivemos numa sociedade na qual as diversas possibilidades do sofrimento que afligem o ser humano são enquadradas em categorias diagnósticas. A medicina psiquiátrica propõe uma cura para esses males por meio de remédios e muitas vezes os diagnósticos não são realizados por profissionais da área psiquiátrica, muitas das vezes as pessoas fazem o seu próprio diagnóstico, usando até mesmo testes na internet, revistas ou qualquer outro meio, onde diagnosticam a pessoa com alguma doença devido a suas respostas, assim tiram conclusões sem se quer ir em médico. Temos a bipolaridade, depressão, anorexia, entre outros, estão cada vez mais na boca do povo. Temos diagnósticos à vontade, para todos os gêneros e gostos. Encontramos nas redes sociais grupos onde as pessoas se autodenominam com algum transtorno e se relacionam com o mundo e outras pessoas, a partir desse significante. A partir da ideia de uma sociedade estruturada em grupos decidimos pesquisar em um site de relacionamento entre as diversas comunidades, temas relacionados a diagnósticos psiquiátricos e as comunidades

sempre têm números enormes de membros, então vamos abordar um dos temas, a depressão. A depressão está em todo lugar, os tempos atuais são propícios a uma covardia moral uma vez que a medicina propõe remédio para tudo, e assim as pessoas deixam de se arriscar e não se colocam frente às incertezas e inseguranças que a vida traz. Seria esse medo de viver, a consequência da depressão ou a causa dela?

As pessoas trocaram o social pela internet, estamos presenciando a acelerada “liquefação” das estruturas e instituições sociais. A modernidade anterior, “sólida” regida por laços estáveis e estruturas sociais verticalizadas, dá lugar a uma modernidade “líquida”, onde as estruturas e os laços sociais não conseguem se manter por muito tempo; “são fluídos instáveis e menos duradouros” Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2009)

Hoje, na globalização um relacionamento é como qualquer produto: é facilmente descartado quando não se está mais satisfeito com ele. Ao mesmo tempo em que o homem se sente aliviado pela quebra da rigidez dos vínculos, sente-se também angustiado porque não encontra mais a suposta segurança de que antes dispunha.

A globalização é marcada pela perda de forças das fronteiras. Através das redes sociais o usuário está potencialmente conectado a milhares de pessoas em qualquer lugar do mundo. Eles podem ter um lugar de pertencimento. Ter um título que os permita serem colocados em algum lugar, o que é lhes é essencial. Eles precisam ser aceitos, portanto

precisam de um lugar que os aceite e sentem-se apaziguados quando podem dizer: eu sou isso ou aquilo.

Éric Laurent (LAURENT, 2007) diz que todos nós temos que inventar o pai que nos reconhece ou nos rejeita, de acordo com nossas particularidades. Antes na sociedade pai-orientada, existia um Pai que distribuía e regulava o gozo e dizia o que era certo e errado. Já na sociedade contemporânea, o Nome do Pai deu lugar a Nomes do Pai. Assim, temos diversas comunidades minoritárias que demandam o reconhecimento de suas particularidades.

Forbes (Café Filosófico) diz que vivemos um momento de globalização em que, dada a perda da padronização com comportamentos, as pessoas se veem desbussoladas, sem saberem como agir, e daí se juntando em grupos que se dizem fracos e minorias, mas que, na realidade, têm grande poder social. Como vimos, a sociedade contemporânea é marcada por uma fluidez e flexibilidade de estruturas sociais. Dessa forma, torna-se, cada vez mais difícil encontrar estruturas rígidas nas quais se possa ancorar uma noção firme de identidade. O pertencimento a uma determinada nação, uma empresa, uma classe social não garante mais a segurança identitária de outras épocas. Desse modo, as identidades tornam-se também líquidas.

Na sociedade contemporânea, presenciamos uma queda dos ideais paternos, que já não dão conta das transformações que ocorrem a uma velocidade cada vez maior. Hoje os laços já não são os mesmos que antigamente. As pessoas hoje se

juntam não mais pelo ideal, mas pelo sintoma. É o sintoma que nos permite fazer laços sociais. Dessa forma, é esperado que encontremos pessoas que se reúnam, virtual ou fisicamente, para conversar sobre seus sintomas, seja se queixando ou tentando, de alguma forma, encontrar compreensão entre aqueles que consideram seus iguais.

Tal perspectiva é alimentada pela psiquiatria moderna, que, ao contrário da psicanálise, dá pouca importância para o conteúdo dos sintomas, excluindo as particularidades do paciente. Este é considerado portador de um transtorno ou distúrbio pelo qual é inteiramente irresponsável, ou seja, que nada tem a ver com ele ou com seu desejo. Dessa forma trata-se apenas, para a medicina, de enquadrar o paciente em uma categoria diagnóstica, de acordo com seus sintomas, e medicá-lo de acordo com o bom senso.

CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade sem padrões estáveis de comportamento, o que faz com que, frente às múltiplas escolhas oferecidas, o sujeito se acovarde e apareça a angústia. Os monólogos articulados são o que permite que as pessoas estejam juntas e sós ao mesmo tempo, sem a necessidade de compreensão, cada um na sua. Trata-se de um novo amor, poder ser amigo de alguém sem precisar compreendê-lo. O que vemos nas comunidades de depressão das redes sociais é justamente o contrário. As pessoas se juntam em torno do

significante e da identidade de deprimidos, sentem que todos sentem a mesma coisa um pelo outro, portanto o compreendem. Ele busca compreensão entre seus iguais.

A psicanálise oferece uma outra saída a essas pessoas. Ao invés de ficarem se queixando da vida, responsabilizarem-se pelo sintoma. Cada caso é trabalhado em sua singularidade, a psicanálise lida com o real.

REFERÊNCIAS

MUCIDA, A. **O sujeito não envelhece**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

FREUD, S. **Obras Completas**. “Nossa atitude para com a morte” [1915], ESB, v. XIV. Buenos Aires: Amorrortu, 1982.

FREUD, S. **Obras Completas**. “Luto e melancolia” (1917 [1915]). ESB, v. XIV. Buenos Aires: Amorrortu, 1982.

FREUD, S. **Obras Completas**. “Inibições, sintomas e angústia” (1926 [1925]). ESB, v. XX. Buenos Aires: Amorrortu, 1982.

PERES, U. T. **Depressão e melancolia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LAURENT, Éric. “A Sociedade do Sintoma: a psicanálise hoje”. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2007, p. 86.

Percy Reflexão. Café Filosófico. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zW9eB8S-NaE>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SIQUEIRA, E. S. E. **A depressão e o desejo na psicanálise.** 2006. 104 f. Dissertação (Mestrado em Pesquisa e Clínica em Psicanálise) – Instituto de Psicologia, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

**Magna Campos
Mariana,
2017.**